الشرط الصريح الفاسخ

الشرط الصريح الفاسخ

صور الشرط، دور القاضي في تحري وجود الشرط وتحديد طبيعته والتحقق من الاخلال بالإلتزام مناط إعماله، موانع إعمال الشرط ذات الطبيعة الارادية والقانونية

دكتور

محمد حسين منصور

استاذ القانون المدنى - جامعة الإسكندرية

المحامى بالنقض والإدارية العليا



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية

تليفاكس : ٤٨٦٨٠٩٩

بسم الله الرحمن الرحيم

« قل اللهم فاطر السماوات والأرض عالم الغيب
والشهادة انت تحكم بين عبادك في ما كانوا
فيه يختلفون »

صدق الله العظيم

الزمر ٤٦

مقدمـــة

ينفسخ العقد عند توافر أحد أسباب الفسخ التى تقضى بها القواعد العامة، كما لو تحقق الشرط الفاسخ المعلق عليه العقد[١]، أو إستحال تنفيذ الإلتزام لسبب أجنبى[٢]، أو تخلف المدين عن تنفيذ إلتزامه.

ففى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب بالتنفيذ أو بالفسخ، والأصل أن الفسخ لا يقع إلا بحكم المحكمة إذا توافرت شروطه[٣]، وهذا ما يطلق عليه الفسخ القضائى حيث يتمتع القاضى فيه بسلطة تقديرية واسعة فى إجابة طلب الفسخ أو رفضه، إلا أنه يجوز، مع ذلك، أن يتفق الأطراف

---

(١) فطبقاً لنص المادة ٢٦٥ مدنى يكون الإلتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع. ومن ثم إذا إتفق الأطراف على الإلتزامات الناشئة عن العقد عند تحقق أمر مستقبل غير محقق الوقوع فإن هذا العقد يكون معلقاً على شرط فاسخ يؤدى تحققه الى فسخ العقد، أنظر مؤلفنا فى النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثانى، أحكام الالتزام، الاسكندرية ٢٠٠٣.

(٢) تنص المادة ١٥٩ مدنى على أنه «فى العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى إلتزام بسبب إستحالة تنفيذه إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه.

(٣) تنص المادة ١٥٧ مدنى على أنه «١- فى العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض. ٢- ويجوز للقاضى أن يمنح المدين اجلاً اذا إقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الإلتزام فى جملته».

مقدماً[(١)] أن ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد الإخلال بالإلتزامات الناشئة عنه، وهذا هو الفسخ التلقائي الإتفاقي أو الشرط الصريح الفاسخ[(٢)]. وقد ينص القانون على الفسخ التلقائي للعقد عند الإخلال بإلتزام معين.[(٣)]

ويترتب على وجود الشرط الصريح الفاسخ في العقد سلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ لأن الفسخ يقع حتماً بمجرد إخلال المدين بالإلتزام، وتقف مهمة القاضي، في هذه الحالة عند حدود التحقق من عدم الوفاء بالإلتزام ليقرر إعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً[(٤)]. ومع ذلك يلعب القاضي دوراً هاماً في أعمال الشرط المذكور حيث يتحقق من وجوده وشروط تطبيقه بعد التعرف على مضمونه وطبيعته، هذا بالإضافة الى مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله كخطأ الدائن أو تنازله عن طلب الفسخ أو مشروعية إمتناع المدين عن التنفيذ.

---

(١) أما إذا إتفق الأطراف على فسخ العقد بعد إبرامه، فإننا نكون بصدد تقايل أو تفاسخ، السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، ١٩٨١، ص٩٨٣، نقض ١٠/١٢/١٩٨٥طعن ٩١٨ س٥٢ق: محمود نبيل البناوي، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات، المجلد الثاني١٩٨٩، نادي القضاة، ص٨٧٦ .

(٢) تنص المادة ١٥٨ مدني على أنه «يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه، وهذا الإتفاق لايعفى من الإعذار، إلا إذا إتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه».

(٣) فالفسخ هنا يتم بناء على نص في القانون، أي أننا بصدد شرط صريح فاسخ قانوني أو الفسخ التلقائي القانوني، وقد ورد النص على ذلك بمناسبة حالة معينة للبيع (م٤٦١مدني) انظر مايلي ص٤٤ .

(٤) نقض ٢٠/٣/١٩٨٤ طعن ١٦٣٩ س٥٠ ق (البناوي ص ٨٧٩).

ويزداد الأمر صعوبة إزاء القيود والضوابط القانونية الآمرة التى أوردها المشرع، لإعتبارات تتعلق بالنظام العام، فى بعض العقود، كالإيجار، ويترتب عليها الحد من أعمال الشرط الصريح الفاسخ على إطلاقه، فالشرط المذكور وإن كان يعد تتويجاً لمبدأ سلطان الإرادة الذى يجعل من دور القاضى مجرد مفسر ومطبق لما تعرب عنه إرادة الأطراف من تصرفات قانونية، إلا أن هذا المبدأ قد حد منه التدخل التشريعى الآمر والمتزايد بهدف تحقيق سياسة عامة ذات طبيعة إجتماعية وإقتصادية، وقد أدى ذلك بدوره الى تزايد دور القاضى فى هذا المضمار حيث أصبح له دور هام فى تطبيق الشرط الصريح الفاسخ وخاصة فيما يتعلق بضوابط وموانع اعماله.

ولعل الشاهد على حيوية دور القاضى فى هذا الشأن هو التطبيقات العملية العديدة التى يثيرها تطبيق الشرط الصريح الفاسخ أمام المحاكم، وغزارة المبادئ القضائية التى أرستها محكمة النقض بمناسبته، والتى دفعتنا الى تناول الموضوع بالبحث والدراسة، بل إن ذلك كان السبب فى تركيز منهجنا على تحليل وتناول الأحكام القضائية وجعلها حجر الأساس فيه.

خطة البحث :

نعرض لدراستنا لدور القاضى إزاء الشرط الصريح الفاسخ على مرحلتين:

الأولى : إعمال الشرط الصريح الفاسخ، ونبين فيه دور القاضى سواء فى التحقق من وجود وطبيعة الشرط المذكور أو من توافر مناط اعماله.

الثانية : موانع اعمال الشرط الصريح الفاسخ، سواء كانت موانع إرادية أو كانت موانع قانونية.

الباب الأول

اعمال الشرط الصريح الفاسخ

يلعب القاضى دوراً هاماً فى مراقبة أعمال الشرط الصريح الفاسخ، حيث ينبغى عليه، قبل التحقق من الواقعة التى يرتبط به اعماله وهى الاخلال بالإلتزام، التثبت من وجوده والتعرف على طبيعته ونوعه. لذا نقسم هذا الباب الى فصلين:

الأول : دور القاضى فى التحقق من وجود الشرط الصريح الفاسخ وطبيعته.

الثانى : دور القاضى فى التحقق من واقعة الإخلال بالإلتزام مناط أعمال الشرط الصريح الفاسخ.

الفصل الأول

دور القاضى فى التحقق من وجود الشرط الصريح الفاسخ وطبيعته

ينبغى علينا فى البداية التعرض لأنواع الشرط الفاسخ، ثم نبين الكيفية التى بها يتعرف القاضى على قيام ذلك الشرط وطبيعته، ونتناول ذلك على التوالى فى المبحثين التاليين.

المبحث الأول

أنواع الشرط الفاسخ

إن الإتفاق على الفسخ التلقائى للعقد بمجرد الإخلال بالإلتزامات الناشئة عنه يطلق عليه الفسخ الإتفاقى أو الشرط الصريح الفاسخ، يتنوع هذا الإتفاق من حيث القوة الى أكثر من صورة تختلف فيما بينها طبقاً لمدى إشتراط الإنذار أو الحكم القضائى لوقوع الفسخ، وقبل التعرض للصور المختلفة للشرط الصريح الفاسخ ينبغى علينا فى البداية، تمييزه عن كل من الشرط الفاسخ العادى، وما يسمى بالشرط الفاسخ الضمنى ثم نعرض بعد ذلك للشرط الصريح الفاسخ بنص القانون.

المطلب الأول

الفرق بين الشرط الصريح الفاسخ والشرط الفاسخ العادى

طبقاً للمادة ٢٦٥ مدنى يكون الإلتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع. «فالشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه وجود الإلتزام أو زواله. فإذا كان وجود الإلتزام هو المترتب على وقوع الشرط، كان الشرط واقفاً، أما إذا كان الإلتزام قد وجد فعلاً وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط، كان الشرط فاسخاً».(١)

يتضح من ذلك أن العقد يكون معلقاً على شرط فاسخ إذا ترتب على

(١) السنهورى، الوسيط، جـ٣، ط ١٩٨٣ ص١١ .

حدوث أمر مستقبل غير محقق الوقوع زوال الإلتزامات الناشئة عنه، فالشرط الفاسخ يؤدى تحققه الى زوال الإلتزامات المعلقة عليه، ويترتب على ذلك فسخ العقد بأثر رجعى[١]، أى أن من شأن تحقق الشرط الفاسخ زوال الإلتزام المعلق عليه بأثر رجعى، فيعتبر هذا الإلتزام كأن لم يكن منذ البداية دون حاجة الى حكم أو إعذار.[٢]

أما الشرط الصريح الفاسخ فهو إتفاق الأطراف مسبقاً على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو دون أن يكون للقاضى سلطة تقديرية فى ذلك، عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه، ولا يقع الفسخ إلا بعد إعذارالمدين مالم يتفق الأطراف صراحة على الإعفاء من الإعذار.

يشترك الشرط الصريح الفاسخ مع الشرط الفاسخ العادى فى أن كل منهما يتحقق على أثر حادثة مستقبلة غير محققة الوقوع يترتب على تحققها فسخ العقد من تلقاء نفسه، وإذا إستوجب الأمر صدور حكم قضائى بالفسخ فإنه يكون مقرراً لا منشئاً. فالفسخ يقع فى الحالتين بقوة القانون ولا يملك القاضى سلطة الإعتراض عليه، ويقتصر دوره على التأكد من قيام الشرط وتوافر شروط اعماله.

ويكمن الفارق بين الشرطين فى أن الحادثة مناط إعمال الشرط الصريح

---

(١) كمن يبيع قطعة أرض ويجعل البيع معلقاً على شرط فاسخ مؤداه عودة إبنه المفقود فى الحرب.

(٢) السنهورى، ج٣، ص٦٨ .

الفاسخ ذات طابع شخصى تتمثل فى تخلف المدين عن تنفيذ إلتزامه، أما الحادثة مناط اعمال الشرط الفاسخ العادى فهى ذات طابع موضوعى لا تعلق لها البتة بعدم التنفيذ[١]. وتقرر محكمة النقض ذلك بقولها: «إن الإتفاق على فسخ العقد فى حالة تحقق واقعة يجيز الحكم بالفسخ بناء على هذا الإتفاق ولو لم يخل المتعاقد بإلتزامه».[٢]

أضف الى ذلك أن وقوع الفسخ إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ يكون رهناً بإرادة الدائن بإعتباره جزاء على عدم التنفيذ، أى أن الفسخ يتم من واقعتين: عدم التنفيذ، والتعبير عن الإرادة كإعلان منشئ للفسخ وليس مقرراً له، فالدائن بالخيار بين التمسك بالفسخ وطلب التنفيذ العينى للعقد، إذ الفسخ مكنه مقررة لمصلحته يستعملها وفقاً لتقديره دون حاجة الى حكم القاضى.[٣]

ولا يعنى ذلك حرمانه من حق اللجوء لتقرير الفسخ أو للحكم به طبقاً للقواعد العامة، أما فى حالة الشرط الفاسخ العادى فإن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الواقعة موضوع الشرط، دون أن يكون لإرادة الأطراف دخل فى ذلك، ودون حاجة الى البحث فى التنفيذ من

---

(١) عبد الحى حجازى، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، السنة الأولى، ص١٤٩ .

(٢) نقض ١٩٨٠/٢/٤ طعن ١٠٤٠ س٤٧ ق (محمد المصرى، محمد عابدين، الفسخ والإنفساخ والتفاسخ، الإسكندرية، ١٩٨٨، ص١٧ .

(٣) عبد الحى حجازى، نفس المرجع، ص ١٤٩ .

عدمه، بل أن الطرفين لا يملكان النزول عن الفسخ، ويلزم إبرام عقد جديد ينعقد من وقت إبرامه.[١]

ويرى البعض، تفادياً للخلط بين الشرطين- إستبدال مصطلح الشرط الصريح الفاسخ بـ «الإتفاق على الفسخ بإرادة واحدة» أو «الإتفاق مقدماً على الفسخ»[٢] ونؤثر بدورنا الإحتفاظ بالمصطلح الدارج حيث إستقر فى اللغة القضائية[٣] والقانونية بصف عامة، ويتميز مضمونه بوضوح عن الشرط الفاسخ العادى، وتثير التسمية المقترحة بدورها اللبس حيث يقربنا الإقتراح الأول من التصرف القانونى الإنفرادى أو العقد الملزم لجانب واحد مع أننا بصدد عقد ملزم للجانبين، ولا يستطيع الدائن إعمال الفسخ بإرادته المنفردة بل أن الإمر مرهون بتخلف المدين عن تنفيذ الإلتزام وتحقق ظروف خارجية أخرى، أما الإقتراح الثانى فهو بدوره غير محدد حيث يقربنا من فكرة التقايل أو الإتفاق الإرادى على الفسخ ولو لم يكن هناك إخلال بالالتزام، ومن ثم يؤدى الى تجريد الفسخ من معناه كعقوبة توقع بالطرف

---

(١) السنهورى جـ٣ ص٦٩، جـ١ ص٩٥٢ .

(٢) عبد الحى حجازى نفس الموضع.

(٣) وإن كان القضاء يستخدم أحياناً مصطلح «الشرط الفاسخ الصريح نقض ١٩٨٣/١/٢٧ مجموعة المكتب الفنى س٣٤ ص٣٢٠ ويستخدم أحياناً مصطلح «الشرط الصريح الفاسخ» نقض ١٩٨٠/٦/٤، س٣١ ص١٦٧٤ .

ونميل بدورنا الى إستخدام المصطلح الأخير لأنه أكثر تميزاً عن الشرط الفاسخ العادى.

المتخلف عن تنفيذ إلتزاماته.[١]

---

(١) ويثور نفس اللبس فى القانون الفرنسى، حيث يستخدم البعض مصطلح (الشرط الفاسخ العادى Condition resolutoire ordinaire) ومصطلح (الشرط الفاسخ الصريح (Clause Resolutoire expresse "Jean Borricand, la clause Resolutoire Expresses dans les contrats, Rev, Trim Dr. civ. 1957. p. 433 n.19.

ويستخدم البعض لفظ (الشرط الفاسخ Condition Resolutoire) بالمقابل للفظ (الشرط الصريح الفاسخ Clause expresse de resolution) وإذا تم إدراج هذا الشرط فى عقد البيع أطلق عليه (LePacte Commissoire) انظر J.Carbonnior, Droit civil, T.4. ed. 1990 p. 338.

ويستخدم البعض مصطلح (الشرط الفاسخ الصريح La condition resoluoire expresse للدلالة على الشرط الفاسخ العادى ولفظ (Le Pact Commissoire expres) للدلالة على الشرط الصريح الفاسخ انظر فى ذلك A.Weill, Les obligtions, D. 1975, p. 553.

ويلاحظ أن كلمة الشرط فى اللغة العربية تستخدم فى ترجمة ثلاثة مصطلحات فرنسية هى Condition, Clause, Pacte: ولا شك أن ذلك يثير اللبس فى لغتنا القانونية بينما تسهل تلك المرادفات عملية التمييز بين المعانى فى اللغة القانونية الفرنسية.

الا أنه يثور خلط فى القانون الفرنسى بسبب إستخدام مصطلح Pacte Commissoire للتعبير عن معنيين مختلفين، الأول هو الشرط الفاسخ الصريح والثانى هو شرط التملك عند عدم الوفاء أى حق الدائن المرتهن فى تملك الشىء المرهون مباشرة إذا تخلف المدين عن الوفاء بالدين عند حلول الأجل P.Voirin, G. Goubeaux, Droit civil, L.G.D.J. 1980,. P640 لذلك أضاف البعض كلمة pxpres للمصطلح للمغايرة عند إستخدامه بمعنى الشرط الصريح الفاسخ A. Weill. op.cit.

المطلب الثاني

الفرق بين الشرط الصريح الفاسخ والشرط الفاسخ الضمنى

(أ) التمييز بين الشرطين :

يتمثل الشرط الصريح الفاسخ فى إتفاق الافراد المسبق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه، ومن ثم لا يكون للقاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ الذى يقع حتماً دون أن يكون له امهال المدين المختلف عن الوفاء، وليس للمدين توقى الفسخ، بعد رفع الدعوى عليه، بعرض تنفيذ إلتزامه إلا إذا قبل الدائن ذلك، وقد يقضى الإتفاق بوقوع الفسخ دون حاجة الى حكم قضائى أو دون حاجة الى إعذار[١](م١٥٨).

والإتفاق على الفسخ التلقائى ينبغى أن يكون قاطع الدلالة على ذلك، حيث يجب أن تتجه إرادة الأطراف بوضوح تام الى وجوب الفسخ التلقائى للعقد عند الإخلال بالإلتزام[٢]، أما إذا إكتفى الأفراد بمجرد النص فى العقد على الفسخ عند الإخلال بالإلتزام، فإن ذلك لا يعدو أن يكون مجرد تأكيد تطبيق القواعد العامة بالفسخ لعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين، أى

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك المطلب الثالث.

(٢) Civ. 25 nov. 1986, R.T.D. Civ. 1987. 313.

(٣) كما سنرى حالاً.

تطبيق أحكام الفسخ القضائى المنصوص عليها فى المادة ١٥٧ ويؤسسه البعض على فكرة الشرط الفاسخ الضمنى.

تتجه نية المتعاقدين فى هذا الفرض الى فسخ العقد عند إخلال المدين بإلتزامه، فالفسخ يكون الجزاء المباشر للإخلال بالإلتزام، إلا أن هذا الجزاء لا يمكن اعماله الا بعد إعذار المدين من جهة وبصدور حكم قضائى من جهة أخرى، فحكم المحكمة هو الذى ينشئ الفسخ طبقاً للمادة ١٥٧، لذا يعرف الفسخ فى هذه الحالة بالفسخ القضائى حيث يتمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة فى إجابة طلب الدائن فى الحكم بالفسخ من عدمه[١]، فيجوز له منح المدين أجلاً إذا إقتضت الظروف ذلك، كما لو كان حسن النية ويرجع تخلفه عن التنفيذ لظروف إستثنائية عابرة تستوجب إمهاله بعض الوقت لإنجاز الإلتزام[٢]، ويجوز للقاضى رفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل

---

(١) ويجب على المحكمة فى الحالتين أن تسبب حكمها تسبيباً سائغاً، حيث ينبغى عليها التعرض بوضوح لواقعة عدم تنفيذ الإلتزام مناط الحكم بالفسخ، ويدل على ذلك قضاء النقض بأنه إذا كان نص المادة ١٥٧ مدنى على أن الفسخ جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه العقدى، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بفسخ عقد البيع وبرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون أن يبين ما إذا كان الطاعنان- البائعان- المقضى ضدهما بالفسخ قد أخلا بإلتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد إخلالاً يستوجب الفسخ، فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب(نقض ١٩٧٥/٢/٢٣ س٢٦ ص٤٥٧).

(٢) وتقرر محكمة النقض بأن منح المشترى مهلة للوفاء بالثمن إتقاء للفسخ- أو رفض طلبه- مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية لأنه من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ فيها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه (نقض ١٩٦٩/٢/١٣ س٢٠ ص٣٢٥ نقض ١٩٦٩/١٢/٢٣ س٢٠ ص١٢٩٦).

الأهمية بالنسبة الى الإلتزام فى جملته[١]. ويستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بتنفيذ التزامه قبل صدور حكم نهائى فى الدعوى.[٢]

---

(١) أى أنه يدخل فى سلطة المحكمة تقدير مدى جسامة الإخلال بالإلتزام وما إذا كان الإلتزام الذى لم يتم الوفاء به جوهرياً يبرر الحكم بالفسخ أم لا، نقض ١٩٨٧/٦/٩ طعن ٤٥٨ س٥٤ مجلة القضاة س٢١ العدد الأول ص٨٣، وقضت بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد إستندت فى قضائها بفسخ عقد البيع الى أن البائع قد إلتزم فى ذات العقد بتطهير العين المبيعة من كافة ما عليهامن الحقوق العينية والقيود وإعتبرت هذا الإلتزام من الإلتزامات الجوهرية فى مقصود المتعاقدين وقت التعاقد وإن عدم وفاء البائع به رغم إعذاره يسوغ فسخ العقد طبقاً للمادة ١/١٥٧ مدنى فإن محكمة الموضوع تكون قد مارست سلطتها الموضوعية فى تفسير العقد بما لا يخرج عن مدلوله الظاهر وفى إعتبار الإلتزام المنصوص عليه فى العقد سالف الذكر إلتزاماً جوهرياً- وهو إلتزام البائع بضمان الإستحقاق- كما أنها حين رتبت على الإخلال بهذا الإلتزام وإمتناع البائع عن الوفاء به بعد إعذاره فسخ العقد لا تكون خالفت القانون (نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ س١٧ ص٤٤٣ . إنظر فى مدى تمتع القاضى بنفس السلطة عند وجود الشرط الصريح الفاسخ مايلى ص٣٩، ٦١، ٧١ .

(٢) حيث قضت محكمة النقض بأن للمدين فى عقد البيع الذى لا يحوى شرطاً صريحاً فاسخاً توقى فسخه بالوفاء بإلتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائى فى الدعوى (نقض ١٩٨٧/٦/١٧ طعن ٣٧٧ س٥٤ ق مجلة القضاة- س٢١ العدد الاول ص٨٣- ما لم تتبين المحكمة أنه مما يضار به الدائن (نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ طعن ١٠٢٢ س٥٤ق- عبد الحميد الشواربى، فسخ العقد ص١٧٦).

وقضت بأنه متى كان الشرط الذى تضمنه العقد شرطاً فاسخاً ضمنياً فإن للمدين أن يتوقى الفسخ بأداء دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ (نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ س١٨ ص٨٥٩)، وقضت بأنه يتعين لإجابة طلب الفسخ الضمنى أن يظل الطرف الاخر متخلفاً عن الوفاء بإلتزامه حتى صدور الحكم النهائى، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ إلتزامه الى ما قبل صدوره، ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سئ النية إذ محل ذلك يكون عند النظر في التعويض عن التأخير فى تنفيذ الإلتزام (نقض ١٩٧٠/٣/١٢ س٢١ ص٤٢٥).

وتذهب محكمة النقض الى أن تأسيس الفسخ فى هذا الفرض على الشرط الفاسخ الضمنى الذى يتضمنه كل عقد ملزم للجانبين عن عدم التنفيذ، أى أن إرادة الأطراف الضمنية تتجه الى فسخ العقد عند إخلال المدين بإلتزامه التعاقدى. فالشرط الفاسخ الضمنى مفترض دائماً فى كل عقد تبادلى، وهو- طبقاً لنص المادة ١٥٧- جزاء مقرر لمصلحة الدائن لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى.(١)

ومن ثم يحق لكل متعاقد فى العقود التبادلية طلب فسخ العقد، عند إخلال الطرف الآخر بإلتزاماته، ولو لم تتحقق له مصلحة إقتصادية من الفسخ(٢)، وهذا الحق يعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من إشتراطه، ولا يجوز حرمان المتعاقدين منه أو الحد منه إلا بإتفاق صريح.(٣)

وعلى ذلك إذا جاء العقد التبادلى خالياً من النص على الفسخ أو إكتفى الأطراف بالنص فيه على الفسخ عند الإخلال بالإلتزام أو جاءت صيغة الإتفاق على الفسخ عامة غير صريحة ودالة على وجوب الفسخ حتماً بمجرد الإخلال بالإلتزام، فإن للقاضى أن يقضى بالفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ الضمنى(٤) الذى تضمنت حكمة المادة ١٥٧ ، ومن تطبيقات النقض فى

(١) نقض ١٩٨٥/٤/١٠ طعن ١٢٠٨ س٥١ ق(البناوى ص٨٨١).

(٢) نقض ١٩٨٧/٦/١٤ طعن ١٤٥٥ س٥٣ (الشواربى ص١٧٧).

(٣) نقض ١٩٨٠/١٢/٢٢ س٣١ ع ٢٠٨٢ .

(٤) ونظراً لأن الفسخ القضائى هو الأصل العام، فإن للدائن، عند عدم توافر شروط الفسخ الإتفاقى أو حتى مع توافر شروطه، أن يطلب من القاضى إيقاع الفسخ.

Civ. 29 Juin 1954 Bull civ. 1954. 11 n. 225.
Civ. 23 mars 1971. J.C.P. 1971, 17, 120.

ذلك: «إذا تعهد المشترى بأداء باقى الثمن فى ميعاد معين ولم يؤده فى هذا الميعاد كان للبائع الحق فى فسخ البيع ولو كان قد سجل فهذا ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المنصوص عليه فى المادة ٣٣٢ مدنى (قديم)[1]، وإذا كانت عبارة الشرط الواردة فى عقد البيع أنه «إذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة به يعتبر البيع لاغياً» فإن هذا الشرط لا يعدو أن يكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت فى حدود سلطتها التقديرية الا تقضى بالفسخ إستناداً الى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد لما تبينه من أن الباقى من الثمن بعد إستنزال قيمة العجز فى المبيع قليل الأهمية بالنسبة الى الإلتزام فى جملته فإنها لا تكون قد خالفت

---

(١) المقابلة للمادة ١٥٧ حالياً، نقض ١٩٤٦/١/١٧ مجموعة القواعد فى ٢٥ عاماً جـ٢ ص٨٥١، وقضت كذلك بأنه «إذا نص فى عقد البيع على أنه إذا ظهر على العين المبيع ديون مسجلة خلاف ما ذكر بالعقد... يجوز للمشترى أن يفسخ العقد بمجرد إنذار البائع، فهذا الشرط ليس الا ترديداً لما قرره فقه القانون من أن عدم قيام أحد طرفى العقد المتقابل الإلتزام بالوفاء بما إلتزم به يسمح للطرف الآخر بطلب فسخ العقد فهو شرط ضمنى فاسخ للقاضى أن يهدره إذا إستبان له من ظروف الدعوى وخصوصيتها انه لا مبرر له (نقض ١٩٦٣/٢/٢ نفس الموضع). وقضت بأنه «متى إنتهى الحكم الى إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه فى حين أن العقد لم يتضمن النص على الفسخ بإرادة الدائن، وإنما نص فقط فى البندالثانى على حلول الأقساط المتفق عليها عند التخلف عن دفع احداهافى موعده، ومن ثم فلا يترتب على مخالفة هذا البند سوى فسخ العقد بناء على الشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى العقود الملزمة للجانبين، فإن الحكم المطعون فيه إذا إستند فى قضائه بإعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه الى ما ورد فى البند الثانى من العقد، يكون قد خالف الثابت بالأوراق ومسخ اتفاق الطرفين مما يعيبه ويستوجب نقضه. (نقض ١٩٧٠/١١/٢٦ س٢١ ص١١٨١).

القانون».(١)

نخلص مما سبق الى أن الفرق بين الشرط الصريح الفاسخ والشرط الفاسخ الضمنى يكمن فى التفرقة بين بالفسخ الإتفاقى والفسخ القضائى أى بين حكم المادة ١٥٧ والمادة ١٥٨ مدنى، وتلخص محكمة النقض التفرقة بين نوعى الشرط بقولها: شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكما، فالشرط الفاسخ الضمنى لايستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضى، وللقاضى أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل ان يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ، أما الشرط الصريح فهو موجب للفسخ حتماً، فلا يملك معه القاضى امهال المشترى المتخلف عن أداء الثمن، ولا يستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى الى الوفاء، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ عند تحققه بلا حاجة الى تنبيه اذا كانت صيغته صريحة فى الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة الى تنبيه ولا إنذار.(٢)

---

(١) نقض ١٩٧٣/١/٩- س٢٤ ص٤٩، وقضت كذلك بأنه «إذا كانت عبارة الشرط هى أنه إذا اخلت المشترية بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغياً» فإنها لا تعدو أن تكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين فلا يكون الفسخ حتمياً نقض ١٩٥٠/١/١٢ س١ ص١٧٧، ونفس الحكم إذا نص فى العقد علي أنه «إذا لم يتم سداد المبلغ فى الميعاد المحدد يعتبر العقد لاغى ويرد المبلغ المدفوع مقدماً الى المشترى ويصبح المالك حر التصرف» (نقض ١٩٨٣/١٢/١ طعن ٢٤٢ س٥٠ ق «البناوى ص٨٨٠»).

(٢) نقض ١٩٤٦/٥/٢ مجموعة عمر ٥ ص ١٥٥ رقم ٦٨ .

(ب) تقدير فكرة الشرط الفاسخ الضمنى :

يتضح من القضاء السابق أن محكمة النقض تقيم الفسخ القضائى على وجود شرط فاسخ ضمنى فى العقود الملزمة للجانبين، متأثرة فى ذلك بالقانون المدنى الفرنسى الذى تنص المادة ١١٨٤ منه على أن الشرط الفاسخ يكون دائما مضمراً فى العقود الملزمة للجانبين وذلك لمواجهة تخلف أحد طرفى العقد عن الوفاء بإلتزامه... » ينظم النص المذكور الفسخ القضائى ويقيمه على فكرة الشرط الفاسخ الضمنى[١]، ولا يوجد نص عام كما هو الحال فى القانون المصرى (م ١٥٨)، لتنظيم الفسخ الإتفاقى، بل ورد نص خاص بذلك بصدد عقد البيع (م١٦٥٦-١٦٥٧).[٢]

ويرجع أخذ القانون الفرنسى بفكرة الشرط الضمنى كأساس لنظرية الفسخ لأسباب تاريخية، فالقانون الرومانى لم يكن يعرف نظام الفسخ كنظرية عامة، وعرفه فقط فى عقد البيع حيث درج الأطراف على تضمين البيع شرطاً يسمى Lex Commissoria مؤداه إمكان الفسخ عند تخلف المشترى عن دفع الثمن.[٣] ظهر الفسخ القضائى كمبدأ عام فى كل العقود الملزمة للجانبين فى القانون الفرنسى القديم تأثراً بالشرط السابق الذى أصبح دارجاً فى البيع وغيره من العقود التى تتقابل فيها الإلتزامات[٤] إنطلاقاً من فكرة

(1) H.L.J. Mazeaud, Lecons de droit civil, T.2, 6 eme éd. n. 1087- Civ., 14 mars 1956, P. 1956-, 449- 6 Juin 1984 Bull. n.111
(2) Alex weill et F. Terre, op. cit n. 494.
(3) Carbonnier, op.cit. n. 189.
(4) Ph Gerbay, moyens de pression prives et execution, du contrat, thèse Diuon 1976, P, 47.

السبب، وكذلك تحت تأثير الفقه الكنسى[١] الذى رأى فى العدالة وحسن النية أساساً للإمتناع عن تنفيذ الإلتزام (الدفع بعدم التنفيذ، أو التخلص من العقد فى حالة تخلف الطرف الآخر عن الوفاء بإلتزامه[٢]، وقد كان من المسلم به وجوب تدخل القاضى للحكم بالفسخ حتى لو تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً، حيث إستقر الرأى آنذاك على أن للشرط دور تهديدى Comminatoire لمجرد حث المدين على تنفيذ إلتزاماته.[٣]

وبالرغم من أن تقنين نابليون إقتصر على تنظيم الفسخ القضائى (م١١٨٤) ولم يتناول الشرط الصريح الفاسخ إلا بصدد عقد البيع[٤]، إلا

(1) G. Boyer, Recherches historiques sur la résolution des contrats, Thèse, Toulouse 1924.

(٢) عبد الحى حجازى، المرجع السابق، ص ١٣٨ .

(3) Ph. Gerbay, op.cit. p. 48.

(٤) أو بمعنى أدق بصدد بيع العقار، حيث تنص المادة ١٦٥٦ على أنه إذا إتفق الأطراف فى عقد بيع العقار على الفسخ التلقائى للعقد عند التخلف عن دفع الثمن فى الموعد المحدد، جاز للمشترى، مع ذلك، الوفاء بعد الميعاد طالما لم يتم إعذاره بإنذار. ولا يجوز للقاضى، بعد هذا الإنذار منح المشتري مهلة للوفاء، ومن المتفق عليه أن هذا النص لا يتعلق بالنظام العام ومن ثم يجوز الإتفاق على ما يخالفه.

Civ, 127 Jan. 1960, D. 1960, somm. 50. civ 15 déc. 1949. 105

وان الإنذار المشار اليه هو إنذار للوفاء وليس للفسخ note lenon ورغم ورود النص بصدد البيع العقارى إلا أن الفقه يرى تعميم حكمه، وقد كان هذا النص أساساً هاماً فى الإستناد إليه للقول بمشروعية الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ.

Aubry et Rau, cours de droit civil francis, T. 1.v. 302 note 85.
colin et capitant Traite, de droit civil, par J. de la morandière, T. 11n. 248.

وهناك نص آخر ١٦٥٧ يتعلق بالفسخ التلقائى فى حالة بيع العروض وغيرها من المنقولات انظر مايلى ص٤٤ =

أن الفقه والقضاء قد إستقرا على صحة الإتفاق علي ذلك الشروط إنطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة[1]، ولعل إستخدام مصطلح الشرط الفاسخ كان بقصد تمييزه عن الشرط الفاسخ الضمني الذى إستند اليه المشرع لتبرير الفسخ القضائى.[2]

ولكن الفقه ما لبث أن إنتقد ذلك التبرير الذى يخالف الواقع بقيامه على تفسير ظنى لإرادة الأطراف، ولو كان الشرط الفاسخ الضمنى هو أساس الفسخ لأدى ذلك الى وقوع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم التنفيذ دون حاجة لتدخل القاضى، ومن المقرر تمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال.[3]

= يتضح من ذلك أن الفسخ القضائى هو الأصل، ولا يقع الفسخ بعيداً عن القاضى الا فى حالة وجود شرط صريح فاسخ إتفاقى أو قانونى، ويجيز القضاء الفرنسى للدائن فسخ العقد بإرادته المنفردة إذا كان من شأن إنتظار تدخل القضاء أن يلحق به ضرراً لا يمكن تداركه، كحق صاحب العمل فى إنهاء عقد عمل محدد المدة أثر إرتكاب العامل خطأ جسيماً كالسرقة وللمدين حق اللجوء للقضاء لمراقبة مدى أحقية الدائن فى إتخاذ ذلك الإجراء. Civ25 avr. 1936, Gaz. pal. 1936. 1.879. Re. 22 ovt. 1920 D 1922. 1.41-Colmar, 7 Fev. 1965., D1978, 169 note orscheidt G. Camerlynck, pratique de la ruputre du contrt de travail p. 279.

ويعمل القضاء الفرنسى هذا المبدأ بكثير من الحذر لأنه يمثل نوعاً من العدالة الخاصة. Com. 15 jan. 1973 Gaz. Pal. 1973. 2.495 note Guyénot- 14 oct. 1974, D, I.R. 259.

(1) Flour, cours de Droit civil, 1964, P. 1019.

(2) Borricad, op.cit.n.1.

(3) Mazeaud, op.cit, n. 1089.

لذا ذهب كثير من الفقه الى تفسير الفسخ بفكرة السبب، فالسبب عنصر ضرورى ليس فقط لنشأة العقد الملزم للجانبين بل لإستمرار وجوده كذلك، إذ أن سبب إلتزام كل طرف هو إلتزام الطرف الآخر، ويترتب على عدم تنفيذ أحدهما لإلتزامه تحلل الآخر من إلتزامه عن طريق فسخ العقد. فالسبب عنصر في نشوء الإلتزام وفى نفاذه أيضاً(١).

وينتقد البعض فكرة السبب التى وإن كانت تلعب دوراً فى تكوين العقد، إلا أنها لا تصلح عند تنفيذه حيث يؤدى القول بغير ذلك الى إبطال العقد عند تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ إلتزامه، مع أن القانون يبقى على العقد فى هذه الحالة ويخول الدائن حق إقتضاء تنفيذه(٢)، ويترتب على إقامة الفسخ على أساس فكرة السبب حصر الفسخ فى عقود المعاوضة الأصلية فقط حيث يكون فيها إلتزام أحد المتعاقدين سبباً فى إلتزام المتعاقد الآخر، بينما يقضى القانون بتطبيق الفسخ على كل العقود الملزمة للجانبين ولو لم يتوافر فيها ذلك، كما هو الحال فى عقود التبرع الملزمة للجانبين كالعارية، والعقود التبعية كعقد الرهن الحيازى حيث يلتزم كل من المستعير والدائن المرتهن بالمحافظة على الشئ المعار أو المرهون، وهذا الإلتزام ليس سبب إلتزام المعير أو المدين الراهني بتسليم الشئ الى المستعير أو الدائن المرتهن.(٣)

(1) H. Capitnt, De la cause des obligations, 3éd. 1927n,7,14,120
Planiol et Ripert, 2eme, éd T.V.I, par Esme: n, 410.
(2) Mary et Raynaud, Droit civil, les obligatins 2eme, éd, 350.
(٣) إنظر مؤلفنا فى النظرية العامة للإلتزامات، جـ١، مصادر الإلتزام ٢٠٠٢ .

لذا يرى البعض، بحق، أن الفسخ يجد أساسه فى إعتبارات العدالة[1] وحسن النية[2] فالعقد الملزم للجانبين يقوم على فكرة تعادل إلتزامات الطرفين وتقابلها[3]. ومن ثم يترتب على إخلال أحدهما بإلتزامه إختلال التوازن بينهما مما يخول الطرف الآخر حسن النية، أخذاً بمقتضيات العدالة، التحلل من العقد للتخلص مما يثقله من إلتزامات.

يتضح مما سبق أن فكرة الشرط الفاسخ الضمنى لجأ اليها المشرع الفرنسى لإعتبارات تاريخية، كأساس للفسخ، وهى منتقدة ومهجورة الآن، ومن ثم ليس هناك مبرر لإصرار محكمتنا العليا على الأخذ بها، خاصة وأن لدينا نصوصاً صريحة لتنظيم كل من الفسخ القضائى والفسخ الإتفاقى يمكن الإستناد اليها، هذا بالإضافة الى خلو النص المصرى من الإشارة الى فكرة الشرط الفاسخ الضمنى التى يشير اليها النص الفرنسى.

المطلب الثالث

صور الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ

طبقاً لنص المادة ١٥٨ مدنى يتمتع أطراف العقد بحرية واسعة فى الإتفاق على الفسخ، وإختيار الكيفية والشروط التى بمقتضاها يتم إعمال

(1) G. Ripert, la réegle morle dans les obligations civiles, 2 en. éd n. 76.
(2) Josserand, De l'esprit des droits, 2 eme, éd. n. 379.
(3) Maury, Essai sur le rôle de la notion d'equivalence, thèse toulouse, 1920. H.L.T. Mazeaud, op.cit. n. 1089.

ويرى البعض أن الفسخ وسيلة لتعويض الأضرار التى تصيب الدائن بسبب عدم الوفاء بالإلتزام.
H.L.J. Mazeaud, op.cit. n. 1089.

الشرط الصريح الفاسخ، ومن ثم فإن وجود الشرط المذكور وصورته يتوقف بالضرورة على الإرادة التعاقدية وتفسيرها.(١)

يجب على المحكمة أن تتحرى حقيقة مراد العاقدين للتأكد من مدى إتجاه النية الى الخروج على القواعد العامة فى الفسخ أى إستبعاد سلطة القاضى وإعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد الإخلال بالإلتزام، فالشرط الصريح الفاسخ يشكل خروجاً على مبدأ الفسخ القضائى للعقد، لذا لا يمكن القول به أو إعماله إلا إذا كانت عبارات العقد واضحة فى الدلالة على قيامه.(٢)

فإذا إتفق الأطراف على فسخ العقد عند إخلال المدين بإلتزامه، فإن ذلك لا يعنى الخروج على القواعد العامة، أى أن الإكتفاء بالنص فى العقد على الفسخ عند الإخلال بالإلتزام لا يعد إتفاقاً على الشرط الصريح الفاسخ بل مجرد تذكرة، وتأكيد للمبادئ العامة فى الفسخ، وتظل للقاضى كل سلطاته فى هذا الصدد(٣)، ويكون الحكم بالفسخ منشئاً له طبقاً للمادة ١٥٧ (٤).

---

(1) Y. Picod, La clause résolutoire et la régle morale, J.C.P. 1990, 1, 3447.

(2) Civ 3,7 déc. 1988, D. 1988, p. 299.
civ. 1er, 13 déc. 1988, J.C.P. 1989. 11.21349, obs. M.Behar-Touchais. chambery, 6 Juin195, D, 1956. 94.
نقض ١٩٨٨/٥/١١ طعن ٧٢ س٥٥ ق : «الشرط الفاسخ الصريح وجوب أن تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له، عدم النص فى عقد البيع على إعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم متى تأخر المشترى عن سداد الثمن مؤداه عدم وقوع الفسخ الا بحكم من القضاء».

(3) Com. 28 Fév. 1972, R.T.D. Civ. 1972, 775 obs. Loussouorn Req. 3 Mai1937, s. 1937. 1. 371.

(٤) إنظر ما سبق ص ٢٠ .

يتضح من نص المادة ١٥٧ أن الإتفاق على الفسخ التلقائى للعقد عند الإخلال بالإلتزام يمكن أن يتبلور عملاً، فى أحد فروض ثلاثة، أى أن الشرط الصريح الفاسخ له ثلاثة صور: الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم، الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو إنذار.

(أ) الإتفاق على أن ينفسخ العقد من تلقاء نفسه :

يتفق الطرفان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بالإلتزامات الناشئة عنه أو بمجرد الإخلال بإلتزام معين. يمثل هذا الإتفاق الصورة البسطرة للشرط الصريح الفاسخ، ويترتب عليه حرمان القاضى من سلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ، ويتحتم عليه النطق به، متى طلبه الدائن، بعد التحقق من وقوع المخالفة الموجبة له. يقتصر دور القاضى على التثبت من واقعة الإخلال بالإلتزام وعما إذا كان هذا الإخلال مقدراً له أن يكون سبباً لاعمال الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه(١). وليس للقاضى العدول عن الحكم بالفسخ الى الحكم بتنفيذ العقد ما لم يطلب الدائن ذلك، ولا يملك القاضى كذلك منح المدين مهلة للوفاء بإلتزامه.(٢)

---

(١) ويدخل فى سلطة قاضى الموضوع التحقق من أسباب الفسخ وتقدير مدى إنطباق الشرط عليها ومدى كفايتها للحكم بالفسخ، ولا تثريب على المحكمة أن هى رأت أن عدم تنفيذ أحد الإلتزامات لا يوجب فسخ العقد، متى بينت الأسباب التى إستندت إليها فى ذلك (نقض ١٩٣٩/٥/١٨، مجموعة النق فى ٢٥ عاماً تحت عقد (فسخ) قاعدة ١٣٧، ١٩٥١/١٢/٢٧ نفس المجموعة، قاعدة١٣٨).

(2) civ 10 Mars 1919, s, 1920. 1. 105, soc. 21 oct. 1955, Bull, Civ. 1955, 17, n. 746.

والشرط الفاسخ على هذا النحو لا يغنى عن اللجوء الى القضاء، حيث ينبغى على الدائن رفع دعوى طلب الفسخ، ويتعين على المحكمة إجابة طلبه، وليس للقاضى سلطة تقديرية فى صدد الفسخ وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه.(١) فإذا تحقق القاضى من ذلك وقع الفسخ منذ توافر تلك الشروط، فحكم القاضى لا ينشئ الفسخ ولكنه يكشف عنه(٢)، أى أن القاضى لا ينطق بالفسخ ولكنه يقرر وقوعه.(٣)

وتعبر محكمة النقض عما سبق بقولها «متى كانت المحكمة قد إنتهت الى وجود شرط فاسخ صريح فإنها تكون قد سلبت نفسها كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ولا يبقى للحكم بإعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً إلا أن تتحقق من حصول المخالفة الموجبة له، وإذا تحققت المحكمة فى ضوء الوقائع السابقة على رفع الدعوي من أن المدين لم ينفذ إلتزامه وحكمت بالفسخ دون أن

---

(1) B. starck, Droit civil, obligations, 1972, P. 647.

(٢) نقض ١٩٥٥/٤/١٤ س٦ ص٩٤٦، نقض ١٩٦٩/٧/٣ س٢٠ ص١١١٨ وقد ورد فيه إنه إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالاً لحكم المادة ١٥٧ مدنى لا إستناداً الى وجود شرط فاسخ صريح فى العقد، فإن هذا القضاء يكون منشئاً للفسخ لا مقرر له- عكس ذلك السنهورى جـ١ ص٩٨٨، ويرى سيادته أن الخلاف من الناحية العملية ليس كبيراً حيث يقع الفسخ فى الحالتين بأثر رجعى، ويعاد المتعاقدان الي الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا إستحال ذلك جاز الحكم بالتعويض (م١٦٠)، ومع إتفاقنا مع إستاذنا الجليل فى الرأى إلا أن القضاء يفرق بين الحكم المنشئ والمقرر من حيث الاثار القانونية كما سنرى- إنظر ما يلى ص ٤١،٣٩.

(٣) T. inst, Paris 17 déc. 1962,Gaz.Pal. 1963. 1.204, civ. 3eme, 7. Juin(1974, Gaz. Pal. 1975. 101. note plancquel.

تعطى المشتري مهلة أثناء نظر الدعوى للوفاء بإلتزامه فإنها تكون قد إلتزمت صحيح القانون».(١)

ولا يغنى الشرط الصريح الفاسخ فى هذه الصورة عن ضرورة إعذار المدين، فالإعذار واجب ما لم يتم الإتفاق صراحة على عدم لزومه (م١٥٨) (٢). والإعذار هو وضع المدين قانوناً موضع المتأخر فى تنفيذ إلتزامه. والأصل فى هذا الإعذار أن يكون بإنذار المدين علي يد محضر يطلب منه تنفيذ الإلتزام. ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين الى الوفاء بإلتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة الى المدين بناء على طلب الدائن(٣)، فيجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات(م٢١٨مدنى)، ويجوز الإعذار عن طريق إعلان المدين بصحيفة دعوى الفسخ لإخلاله بتنفيذ التزام من إلتزاماته بشرط أن تشتمل تلك الصحيفة على تكليفه بالوفاء بهذا الإلتزام(٤)، وإذا بادر المدين فى هذه الحالة الى التنفيذ بمجرد أن تعلن إليه صحيفة الدعوى تحمل الدائن بمصروفاتها(٥)، وتقضى طبائع الأشياء أنه لا

---

(١) نقض ١٩٦٨/١٢/١٠ س١٩ ص١٥٠٤ .

(٢) نقض١٩٤٨/١٢/٢٣ مجموعة عمر جـ٥ ص٦٨٨ وقد جاء فيه أنه إذا إشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن، كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشترى اذا لم يدفع الثمن بعد إعذاره بإنذار، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار.

(٣) نقض ١٩٦٤/١١/١٢ س١٥ ص١٠٢٨، ١٩٦٦/٤/٢٨ س١٧ ص٩٥٥ .

(٤) نقض ١٩٧٩/١/٢٥ س٣٠ ص٣٨٥ .

civ. 30 nov. 1953 Bull. Cass. 1953. 1.n 343- Paris, Fev. 1956, D. 1956, som. 161-Alex will et F. Terre, op.cit, p. 555, J. Borricand, op.cit. n.17.

(٥) السنهورى جـ٢ ص١٠٨٨ .

ضرورة لإعذار المدين إذا صرح كتابة أنه لا يريد القيام بإلتزامه أو إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين(م٢٢٠ مدنى).[١]

فالإعذار ضمانة قررها المشرع لصالح المدين[٢]، ولا يمكن حرمانه منها الا بإتفاق صريح[٣]، ولزوم الإعذار يعنى منح المدين فرصة أخيرة للوفاء

(١) وذلك تطبيقاً للقواعد العامة التى جري عليها قضاء النقض، وقد ورد فيه أن الإعذار ليس لازماً فى جميع الأحوال، فقد يتفق المتعاقدان على الإعفاء عنه، وقد لا يكون له محل بحكم طبيعة التعهد ذاته. فمتى كان ثابتاً ان الوفاء أصبح متعذراً، أو كان المتعهد قد اعلن إصراره على عدم الوفاء، ففى هذه الاحوال وامثالها لا يكون للتنبيه مقتض نقض ١٩٤٥/١٠/٢٩ مجموعة عمر ٤ ص ٧٤٦، نقض ١٩٤١/٥/٢٢ نفس المرجع ٣ ص ٣٧٣، نقض ١٩٤٧/٥/١٥، نفس المرجع ٥ ص ٤٣٥، وانظر فى تفصيل ذلك السنهورى نفس الموضع.
ومثال ذلك قضاء النقض بأنه لا ضرورة للإعذار اذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه إنه إعتبر الأخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فإن مفاد ذلك ان الإلتزام المترتب على عقد المقاولة أصبح غير ممكن تنفيذه (نقض ١٩٦٦/٤/٥ س١٧ ص٧٩٧).

(٢) نقض ١٩٦٤/٥/١٤ س١٥ ص٦٩١ وقد جاء فيه ان الاعذار قد شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه، فإذا لم يتمسك المدين أمام محكمة الإستئناف بأن الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى فإنه لا يقبل منه اثاره هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض.

(٣) فالإعذار واجب ما لم يتفق صراحة على إستبعاده أو كانت طبائع الأشياء تقضى بعدم لزومه، مؤدى ذلك أنه فى حالة سكوت الأفراد عن تناول مسألة الإعذار، فإننا نرجع الي الأصل العام وهو وجوبه، وهذا الأمر الذى لا مجال للخلاف بشأنه أمام وضوح نص المادة ١٥٨ فى القانون المصرى، يثير الجدل فى القانون الفرنسى لخلوه من نص عام ينظم الفسخ الإتفاقى، حيث ذهبت الأغلبية الى أن الفسخ لا يقع الا بعد إعذار المدين إستناداً الى نص المادة ١١٣٩ التى تقضى بأن المدين لا يكون معذراً. بمجرد حلول الاجل ما لم يتفق على غير ذلك، والمادة ١١٤٦ التى تقضى بأن التعويض لا يستحق، فى حالة عدم الوفاء بالإلتزام، إلا بعد إعذار المدين، ونص المادة ١٦٥٦ التى تنظم الشرط الفاسخ بمناسبة البيع العقارى، ويخالف البعض الرأى السابق، ويرون عدم جواز الإستناد الي نص المادة ١١٤٦ لأنها خاصة بالتعويض، ولا الي المادة ١٦٥٦ حيث جاءت بحكم خاص لا يمكن تعميمه. ويرى البعض أن الأمر مرجعه فى النهاية تحرى قصد المتعاقدين، وعند الشك ينبغى تبنى الحل الأصلح للمدين وهو وجوب الإعذار، مع ملاحظة أنه لا لزوم للإعذار اذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين. إنظر فى عرض ذلك الخلاف
J.Barricand, op.citn. 18 Jestagz l'urgence et les principes classiques du droit civil, n, 206.

بإلتزامه، حيث يمكنه القيام بذلك عقب الإعذار مباشرة أو خلال المهلة التى قد يتضمنها الإعذار[١]، ولا يقع الفسخ تلقائياً بمجرد عدم تنفيذ المدين لإلتزامه فى الأجل المحدد لذلك طالما لم يقم الدائن بإعذار المدين [٢]، ويظل للمدين الحق فى الوفاء بإلتزامه حتى بعد الميعاد، حيث يعنى عدم قيام الدائن بالإعذار أنه لم يختر طريق الفسخ[٣]. وينقضى حق المدين فى الوفاء بمجرد رفع دعوى الفسخ[٤] حيث يقرر القاضى فسخ العقد منذ تحقق الواقعة مناط أعماله وهى ثبوت تقصير المدين، ويكون ذلك بإستمرار إمتناعه عن التنفيذ رغم إعذاره، ومن ثم يقع الفسخ تلقائياً قبل رفع الدعوى، ويكشف الحكم الصادر فيها عن وقوعه[٥]، ولا يعيد الوفاء اللاحق للعقد وجودة من

(1) Planiol et Ripert, par Hamel, T.x, vente n. 165, Malaurie, Req. civ.v.vente Y. n., 1812.

أى أن الإعذار فى هذه الحالة هو إعذار بوجوب التنفيذ، ويذهب البعض الى أن الإعذار يقصد به تقرير فسخ العقد ومن ثم ليس بوسع المدين التنفيذ بعد الإعذار.

Baudry et saignat, De la vente et de l'echange n. 552, Demolombe, cours de code Napoléon T.xxv, n, 556.

(٢) نقض ١٩٧٩/١/٢٥ س٣٠ ص٣٨٥ وقد ورد فيه أنه وإذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى بحق الى أن الشرط الصريح الفاسخ لم يتحقق لعدم الإعذار فإن أمر الفسخ فى هذه الحالة يكون خاضعاً لتقدير محكمة الموضوع، يشترط للقضاء به أن يظل المدين متخلفاً عن الوفاء حتى صدور الحكم فى الدعوى.

(٣) نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ مجموعة عمر٥ س٦٨٨ .

(٤) نقض ١٩٨٣/٥/٣١ طعن ١٩١٢ س٤٩ ق ، وقد جاء فيه أن عرض الثمن عند نظر الدعوى وبعد تحقق الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه يكون عديم الأثر.

Civ, 17 Mai 1954, Gaz. Pal. 1954, 2,83.

(٥) نقض ١٩٦٨/١٢/١٠ سبق الإشارة اليه، نقض ١٩٤٦/٥/٢ سبق الإشارة اليه، قارن سليمان مرقص حيث يرى أن للمدين توقى الفسخ بتنفيذ إلتزامه قبل صدور حكم الفسخ، عقد البيع، ١٩٩٠ ص٦٤٥، وهذا هو الحكم فى الفسخ القضائى ومن ثم فإن القول بذلك من شأنه إهدار قيمة الشرط الصريح الفاسخ فى هذه الصورة.

جديد[١].

وينبئ الإعذار، فى ذات الوقت، عن قصد الدائن فى إختيار سبيل الفسخ عند تخلف المدين عن تنفيذ إلتزامه فور الإعذار أو خلال المهلة المحددة فيه. «ولا تعارض فى هذه الحالة بين إعذار الدائن المدين وتكليفه بالتنفيذ، وبين المطالبة بفسخ العقد بغد ذلك، فإن الإعذار لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة فسخ العقد، بل شرط واجب لرفع دعوى الفسخ[٢]».

وتقرر محكمة النقض ذلك بقولها: «...اذا إشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن، كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشترى إذا لم يدفع الثمن بعد إعذاه بإنذار، ما لم يعفه البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار، ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا إختار الفسخ أن يعذر المشترى بإنذاره أى يكلفه بالوفاء، فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من أعمال خياره فى الفسخ. وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه اليه من البائع بوفاء إلتزاماته فى مدى أسبوع والا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب إعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لإستعمال الشرط الفاسخ الصريح».[٣]

---

(١) نقض ١٩٤٣/٥/١٣ المجموعة فى ٢٥ سنة تحت عقد (فسخ) قاعدة ١٢٨ وقد جاء فيه أنه ليس من شأن إيداع الثمن أن يعيد العقد بعد إنفساخه.

(٢) السنهورى جـ١ ص٩٩٠ .

(٢) نقض ١٩٨٤/١٢/٢٣ مشار إليه سابقاً.

(ب) الإتفاق على أن ينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم:

يكون الإتفاق على الشرط الفاسخ فى هذه الصورة أقوى من الفرض السابق، حيث يترتب عليه إنفساخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد الإخلال بالإلتزام، دون حاجة الى الإلتجاء للقضاء، أى دون حاجة الى رفع دعوي للحصول على حكم بالفسخ(١)، وللدائن أن يعتبر العقد مفسوخاً عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه دون إستصدار حكم من القضاء بذلك.(٢)

وإذا نازع المدين فى واقعة تنفيذ العقد أو فى قيام الشرط أو توافر شروط اعماله، تعين اللجوء الى القضاء للتثبت من ذلك، ويقتصر دور القاضى فى هذه الحالة على التحقق من واقعة الوفاء بالإلتزام، ومدى مشروعية الإمتناع عن التنفيذ أو توافر شروط إعمال الشرط الصريح الفاسخ، فإذا تبين له توافر تلك الشروط قضى بوقوع الفسخ دون أن تكون له سلطة تقديرية فى ذلك.(٣)

(١) نقض ١٩٦٦/٢/٨ س١٣ ص١٩٦ وقد جاء فيه أنه إذا لم ينص فى عقد البيع علي إعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم فى حالة تأخر المشترى عن سداد الثمن فإن الفسخ لا يقع فى هذه الحالة الا إذا صدر به حكم من القضاء.

(٢) نقض ١٩٨٢/٥/٢٣ س٣٢ ص٥٦٦ .

(٣) نقض ١٩٨٧/٦/٩ طعن ٤٥٨ س٥٤ ق مجلة القضاء س٢١ العدد الأول ص٨٣ وقد جاء فيه أن الإتفاق على إعتبار العقد مفسوخاً دون حكم فى حالة الإخلال بالإلتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب قاضى الموضوع كل سلطة تقديرية فى هذا الصدد ويقتصر دوره على بحث شروط الفسخ لإعماله من عدمه.

Soc., 23 Fév, 1957. D. 1957, 466- Com. Juin 1967, J.C.P. 1967. 110 15302 note Bocara.

ويكون الحكم الصادر مقرراً للفسخ لا منشئاً له[١]، حيث ينصرف الفسخ الى الوقت الذى تحقق فيه الشرط.

فلا يلزم أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من الدائن، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أن الفسخ قد حصل بالفعل بناء على دفع من البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المدين.[٢]

ولا يقع الفسخ إعمالاً للشرط السابق إلا بعد إعذار المدين أى التنبيه عليه بالوفاء وإثبات امتناعه عن التنفيذ، فالإعذار يظل لازماً لوقوع الفسخ، فهو واجب قانوناً لإستعمال الشرط الصريح الفاسخ ما لم يكن هناك إتفاق صريح على الإعفاء منه(م١٥٨).

ويظل للمدين الحق فى توقى الفسخ بتنفيذ إلتزامه طالما لم يتم الإعذار، حيث يظل العقد قائماً ولو كان هناك إخلال بالإلتزام، وللمدين كذلك الوفاء بإلتزامه عقب الإعذار مباشرة أو خلال المهلة التى قد يتضمنها الإعذار، وإذا رفع الدائن دعوى قضائية للحصول على حكم بتقرير وقوع الفسخ، دون أن يسبقها إعذار، كان للمدين توقى الفسخ بالوفاء بإلتزامه فى بداية الدعوى دون إبطاء، فإذا أبطأ فى ذلك إعتبر رفع الدعوى بمثابة إعذار، وتعين على القاضى الحكم بوقوع الفسخ[٣]. ولا يستطيع منح المدين مهلة للوفاء بإلتزامه، حيث يكون العقد قد إنفسخ إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ بمجرد

---

(١) نقض ١٤/٤/١٩٥٥ س٦ ص٩٤٦ .

(٢) نق ١٨/١٠/١٩٦٦ س١٧ ص١٥٣٦ .

(٣) السنهورى جـ٤ ص١٠٦٥ .

توافر شروطه.(١)

(جـ) الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو إعذار:

يبلغ الإتفاق على الفسخ، فى هذه الصورة، أقصى درجة من القوة، إذ يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد حلول ميعاد التنفيذ دون قيام المدين بذلك، ويقع الفسخ دون أن يكون الدائن ملزماً بإعذار المدين أو برفع دعوى لإستصدار حكم قضائى فى هذا الصدد.

وإذا لزم تدخل القضاء بسبب منازعة المدين فى واقعة الإخلال بالإلتزام أو المنازعة فى تحقق الشرط الصريح الفاسخ، كان دور القاضى قاصراً على التحقق من توافر شروط الفسخ، ويتعين عليه القضاء به متى تثبت من توافر تلك الشروط، ويكون الحكم الصادر مقرراً للفسخ لا منشئاً له.(٢)

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها «إن ما جرى به قضاء هذه المحكمة من أن الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه أو إنذار أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه

---

(1) Civ. 26 nov. 1951 Bull, civ. 1951. 1p. 253-civ. 3,23 Oct. 1973, J.C.P. 1974. 11. 17622 note Desiry.

(٢) نقض ١٩٥٥/٤/١٤ (سبق الإشارة إليه) وقد جاء فيه «إن الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه، يترتب عليه الفسخ حتماً بمجرد تحقق الشرط بغير ما حاجة لرفع دعوى الفسخ، ولا يملك القاضى فى هذه الحالة سلطة تقديرية يستطيع معها إعطاء مهلة لتنفيذ إلتزامه، ولا يكون حكمه منشئاً للفسخ».

يترتب عليه الفسخ حتماً نفاذاً لذلك الإتفاق بمجرد تحقق الشرط دون أن يكون للقاضى خيار فى أمره، ويتحقق الفسخ دون حاجة الى التقاضى، ما لم ينازع المدين فى وقوع موجب الفسخ، وتقف مهمة القاضى فى هذه الحالة عند حدود التحقق من عدم الوفاء بالإلتزامات ليقرر إعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً».(١)

والشرط الصريح الفاسخ لا يعمل حتماً بمجرد حصول الإخلال بالإلتزام ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية إلا إذا كانت صيغته صريحة ودالة بذاتها على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه دون حاجة الى حكم أو إعذار(٢)، ومع ذلك فإن إقتضاء الفسخ فى هذه الحالة قد لا يغنى عن الإلتجاء الى القضاء للتقرير به، ويقتصر دوره على التحقق من مدى توافره وثبوت وقوعه.(٣)

ولا يجوز للقاضى منح المدين أجلاً للوفاء بإلتزامه، حيث ينبغى إعتبار العقد غير قائم، وليس للمدين توقى الفسخ بالوفاء بإلتزامه، فالوفاء اللاحق

---

(١) نقض ١٩٨٣/٥/٣١ طعن س٤٩ ق .

(2) Civ. 3,7 déc,. 1988, D. 1988, IR. 299.
Civ, 1.27 Jan. 1960, D. 1960, Somm.50.

حيث قضت بجواز الإتفاق على عدم ضرورة الإعذار، فيمكن الإتفاق على إعتبار العقد مفسوخاً دون إعذار، لأن المادة ١٦٥٦ ليست من النظام العام (تتعلق المادة المذكورة بالشرط الفاسخ فى عقد بيع العقار).

(٣) نقض ١٩٨٣/٣/٢٢ طعن ١٣٦٢ س٤٩ ق .

لا يعيد للعقد وجوده[١] وينبغى إعمال آثار الفسخ[٢] كاملة حتى ولو قام المدين بالوفاء بجزء من الإلتزام، فالفسخ يقع فى حالة الإخلال الجزئى بالإلتزام المتفق على الشرط الصريح الفاسخ كجزاء له.[٣]

وجدير بالذكر أن الشرط الصريح الفاسخ مقرر لصالح الدائن وليس للمدين التمسك به، ومن ثم فإن الفسخ لا يقع إلا إذا تمسك به الدائن، حيث ينعقد له الخيار الدائم بين طلب التنفيذ أو الفسخ.[٤]

---

(١) نقض ١٩٨٣/٥/٣١ طعن ١٩١٢ س٤٩ ق السابق، وقد جاء فيه أنه لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإعتبار العقد مفسوخاً لتخلف الطاعن عن سداد اقساط الثمن فى الميعاد المتفق عليه وتحقق الشرط الفاسخ المنصوص عليه صراحة فى العقد تبعاً لذلك فإن الإجراء الذى إتبعه الطاعن بعرض باقى الثمن عند نظر الدعوى أمام محكمة الإستئناف وبعد تحقق الفسخ يكون عديم الأثر ولا على المحكمة ان هى لم تعرض لهذا الإجراء أو ترد عليه».

(٢) طبقاً للمادة ١٦٠ مدنى التى تقضى بأنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا إستحال ذلك جاز بالحكم بالتعويض ويتم الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية وليست العقدية (نقض ١٩٨٧/٥/١٧ طعن ٨٥٧ س٥١ ق مجلة القضاة س٢١ عدد أول ص٨٣)، ويترتب على الفسخ سقوط الشرط الجزائى الوارد بالعقد، ويجب تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة (نقض ١٩٨٦/٥/٦ طعن ٢٤١٨ س٥٢ ق نفس المرجع) السنهورى جـ٢ ص١١٢٧ قارن مع ذلك محكمة النقض الفرنسية.

Civ. 3,22 nov. 1972, J.C.P. 1973. 17. وقد جاء فيه: إن عبارات عقد البيع واضحة وقاطعة فى أنه يترتب على تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط الثمن وقوع الفسخ التلقائى بعد مرور ٣٠ يوم من تاريخ إعذاره، ويحتفظ البائع بالمبالغ المدفوعة على سبيل الشرط الجزائى، ومن ثم لا يجوز للقاضى تخفيض الجزاء المتفق عليه.

(٣) انظر ما يلى ص ٧٩ .

(٤) انظر ما يلى ص ٩٧ .

المطلب الرابع
الشرط الصريح الفاسخ بنص القانون
(حكم خاص بفسخ بيع المنقول)

رأينا أن الفسخ إما أن يكون قضائياً، وإما أن يكون إتفاقياً، وهو ما يطلق عليه الشرط الصريح الفاسخ بصوره المتعددة. وقد ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بناء على نص فى القانون، حيث أورد المشرع حكماً خاصاً بشأن حالة معينة من حالات البيع ألا وهى بيع المنقول. فقد نصت المادة ٤٦١ على أنه «فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا إتفق على ميعاد لدفع الثمن تسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة الى إعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا إختار البائع ذلك، وهذا مالم يوجد إتفاق على غيره».

مؤدى ذلك أنه إذا إتفق فى عقد بيع المنقول على موعد لدفع الثمن وتسلم المبيع، فإن ذلك يكون بمثابة إتفاق على وجود شرط صريح فاسخ فى العقد يترتب عليه فسخ البيع تلقائياً دون حاجة الى إعذار المشترى وإلى حكم قضائى إذا إختار البائع ذلك فى حالة عدم دفع المشترى للثمن فى الميعاد.(١)

أورد المشرع هذا الحكم، الذى يعد خروجاً على القواعد العامة فى الفسخ، لمواجهة الطبيعة الخاصة للمنقولات فى سرعة وسهولة تداولها وتقلب أسعارها. ويبدو ذلك واضحاً فى المسائل التجارية حيث نكون بصدد عروض

(١) انظر مؤلفنا فى أحكام البيع، الأسكندرية ٢٠٠٢ .

وسلع وبضائع يريد أصحابها سرعة إنهاء المعاملات بشأنها، فالبيع ينفسخ من تلقاء نفسه بمجرد التأخر عن دفع الثمن، ويستطيع البائع، الذى غالباً ما يكون تاجراً، التصرف فى المبيع مرة ثانية[١] مع حقه فى الرجوع على المشترى بالتعويض وفقاً للقواعد العامة[٢].

وجدير بالذكر أننا صدد حكم إستثنائى، ومن ثم لا يصح تطبيقه إلا فى حدود النص الوارد به أى فى نطاق الشروط المرسومة له وهى:

١- أن نكون بصدد بيع منقول أياً كان نوعه، كالسلع والبضائع والاسهم والسندات[٣] ويستوى أن يكون المنقول معيناً بذاته أم معيناً بنوعه، وسواء كان المنقول بطبيعته أم بحسب المآل، كالثمار التى حان قطافها[٤]، ولا ينصرف النص الى المنقول المعنوي، أو المجموع من المال أو المحل التجارى[٥]، ولا ينصرف كذلك الى العقارات. إلا أن

(١) وتقرر محكمة النقض ذلك بمناسبة بيع اسهم بقولها «إن نص المادة ٤٦١ يدل على أنه فى حالة بيع المنقولات اذا إتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ولم يدفع المشترى الثمن فى الميعاد فإنه يجوز للبائع أن يعتبر العقد مفسوخاً بدون حاجة الى إعذار أو حكم من القضاء، فيقع الفسخ بنص القانون ويكون البائع بمجرد عدم دفع الثمن فى حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ويحق له أن يتصرف فيه بتصرف المالك فيبيعه مرة أخرى إذ ورد هذا النص بصيغة عامة تدل على أن حكمه مطلق، ومن ثم فينصرف الى البيع سواء كان مدنياً أو تجارياً نقض / ١٩٨١ ٤/٥ س٣٢ ص١٣٦٦ .

(٢) السنهورى جـ٤ ص١٠٧٢، سليمان مرقص، عقد البيع ط٥ س١٩٩٠ ص٦٥٠ نقض / ١٩٨١ ٤/٥ س٣٢ ص١٣٦٦ .

(3) Civ, 21Avr, 1950 . D. 1951, Somm. 26.

(4) Civ, 3 Avr. 1922, D,P. 1924. 1.12-Civ. 9 Mars1949, R.T.D.civ. 1949. 530, obs. Carbonnier.

(٥) أنور سلطان، عقدى البيع والمقايضة ١٩٩٢، ص٣٤٨ .

الحكم يسرى على كل من البيوع المدنية والتجارية.[١]

٢- أن يكون هناك إتفاق على ميعاد واحد محدد لدفع الثمن وتسلم المبيع، أي يكون البيع مؤجلاً. وتحديد الميعاد «قد يتفق عليه صراحة أو ضمناً، ويعتبر من قبيل الإتفاق الضمنى أن يكون العرف قد جرى على تحديد ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع وسكت المتعاقدان عن ذكر ما يخالفه، فمثلاً فى بيع المنقولات محولاً بقيمتها على المشترى، يجرى العرف بأن يتسلم المشترى المبيع ويدفع ثمنه بمجرد وصوله بالجمرك أو البريد، فإن قصر فى الوفاء بالثمن جاز للبائع التصرف فيها[٢]» ويجوز الإتفاق على ميعاد لتسلم المبيع دون تحديد ميعاد لدفع الثمن، هنا يكون الثمن واجب الدفع فى الوقت المحدد لتسليم المبيع طبقاً لحكم المادة ١/٤٥٧ .

ولا ينطبق النص إذا إختلف ميعاد دفع الثمن عن ميعاد التسليم[٣]، كما

---

(1) Req. 11 Juill. 1882, D.P. 83. 1.304, Amiens, 26 Févr. 1974, D. 1974, D. 1974, Somm. 128. Mazeaud, T.3, p.333.

(٢) أنور سلطان ص ٣٤٩ .

ومتى كان هناك إتفاق بين الطرفين على دفع الثمن جميعه نقداً فى ميعاد معين لا يجوز الرجوع الى العرف لتقصى ميعاد دفع الثمن والطريقة التى يدفع بها أو لبيان ما إذا كان يحق للبائع التحلل من الصفقة اذا لم يوف المشترى بالثمن فى الميعاد، مادام أن القانون قد خول البائع هذا الحق صراحة (نقض ١٩٦٢/٥/٣ س١٣ ص٧٥١).

(٣) قارن لبيب شنب ومجدى صبحى، شرح أحكام عقد البيع، ص ٣١٣، حيث يذهبان الي أعمال النص إذا كان الثمن واجباً قبل التسليم، وحل ميعاد التسليم ولم يكن المشتري قد دفع الثمن بعد.

لو عين ميعاد للتسليم وآخر لدفع الثمن. أو كما لو إتفق على موعد الثمن دون تحديد ميعاد التسليم، هنا يكون التسليم مستحقاً فى الحال.

٣- أن يتأخر المشترى عن الوفاء بالثمن فى الموعد المتفق عليه، ولكن بشرط ألا يكون تخلف المشترى عن الدفع قد جاء إستعمالاً لحقه فى الحبس نتيجة تقصير البائع فى الوفاء بإلتزاماته. فالنص يواجه تقصير المشترى في دفع الثمن فقط(١). مؤدى ذلك أن الحق فى إعتبار البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أمر مقرر لصالح البائع وحده، ومن ثم ليس للمشترى أن يتمسك بذلك إذا قصر البائع فى تنفيذ إلتزامه بالتسليم، وإنما تطبق القواعد العامة فى الفسخ، ونفس الحكم إذا قصر المشترى فى تسلم المبيع.(٢)

---

(١) وتقرر محكمة النقض بأن المادة ٣٣٥ مدنى قديم (٤٦١ جديد) لم تتعرض الا للحالة التى يكون فيها التقصير من المشترى، وإنها جاءت إستثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود الا بعد التنبيه الرسمى، فلا يصح تطبيقها الا فى حدود نصها أى فى حالة تحديد أجل ليدفع المشترى الثمن ويتسلم المبيع، أما إذا كان الأجل محدداً لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشترى، ففى هذه الصورة لا يعفى البائع من واجب التنبيه رسمياً على المشترى بالتسليم والوفاء (نقض ١٩٤٤/١/١٣ مجموعة عمر ٤ ص٢٤٧).

(٢) وذلك بخلاف الحال فى القانون الفرنسى حيث تنص المادة ١٦٥٧ (المقابلة لنص المادة ٤٦١ مصرى) على أنه فى بيع العروض وغيرها من المنقولات ينفسخ البيع من تلقاء نفسه، لمصلحة البائع، ودون حاجة الى إعذار بمجرد إنقضاء الاجل المحدد لتسلم المبيع دون قيام المشترى بذلك، أى أن النص يقرر الفسخ التلقائى للعقد كجزاء تخلف المشترى عن تسلم المبيع وليس لتخلفه عن دفع الثمن.

وقد كانت المادة ٦١٢ من المشروع التمهيدى للتقنين المصرى تقرر الفسخ جزاء على كل من الإلتزامين بنصها على أنه «إذا لم يتقدم المشترى لتسلم البيع عند إنقضاء الأجل المتفق عليه، أو =

٤- أن يتمسك البائع بالفسخ. فهو أمر مقرر لمصلحته، ومن ثم يكون البائع بالخيار بين إعتبار العقد مفسوخاً ، وبين الإبقاء عليه والمطالبة بتنفيذه.[١] والقول بغير ذلك يمكن المشترى من فسخ البيع إذا رغب فى ذلك بمجرد إمتناعه عن دفع الثمن.[٢]

إذا توافرت الشروط السابقة، فإن البيع ينفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى إعذار أو حكم[٣]، وذلك إستناداً الى نص القانون دون حاجة الى شرط خاص بذلك فى العقد. وفى حالة تخلف شروط إنطباق النص، تسرى القواعد

= تقدم ولكنه لم يعرض الثمن، كان البيع مفسوخاً..»، إلا أنه تم الإعتراض على النص لأنه «يرتب على إنقضاء الأجل المحدد لتسلم المبيع وعدم تقدم المشترى لتسلمه فسخ البيع من تلقاء نفسه دون حاجة الى اعذار، مع أنه قد يحدث أن يحول دون تسلم المشترى المبيع فى ظروف لا يد له فيها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٦).

وجدير بالذكر أن القضاء الفرنسى يطبق نفس الحكم، بالمقابل، على البائع الذى يتأخر فى تسليم المبيع، حيث يجوز للمشترى التحلل من العقد وشراء المبيع من مكان آخر فى حالة الإستعجال كما لو تعلق الأمر بمواد أولية لتشغيل مشروع.

Com 12 nov. 1969, D. 1970, som. 103- Savatier, la théorie des obligations en droit privé économique, 4 éd. 229.

(١) المذكرة الإيضاحية، مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص١٥٥ .

(٢) Civ. 21-1950, D. 1951,Somm. 36.

(٣) وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها ان المشرع قد خرج بحكم المادة ٤٦١ على القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود الا بعد الإعذار وبحكم من القاضى ما لم يوجد إتفاق صريح على الإعفاء من ذلك، وإشترط لإعمال هذا النص الإستثنائى أن يكون المبيع من العروض وغيرها من المنقولات وأن يكون كل من المبيع والثمن محدداً تحديداً كافياً ومعلوماً للمشترى عند التعاقد. وإن يتخلف المشترى عن دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه لتسلم المبيع ودفع الثمن، وإن يختار البائع التمسك بانفساخ عقد البيع (نق ١٩٧٩/١٢/٣١ س٣٠ ص٤٢٣).

العامة فى الفسخ. ولا يتعلق الحكم الوارد بالنص بالنظام العام، ومن ثم فإننا بصدد حكم مكمل يجوز للأطراف الإتفاق على ما يخلفه، كالإتفاق على وجوب الإعذار لوقوع الفسخ.(١)

والنص موضوع الدراسة يجعل من عقد بيع المنقول بالمعنى السابق متضمناً شرطاً فاسخاً صريحاً فى أقوى صورة كجزاء على تخلف المشترى عن دفع الثمن، ومن ثم فإن القاضى لا تكون له سلطة تقديرية فى إيقاع الفسخ، ويكون حكمه كاشفاً وليس منشئاً، ويقتصر دوره على التحقق من واقعة التخلف عن الوفاء بالثمن وباقى شروط أعمال النص. وليس للقاضى أن يمنح المشترى أجلاً لدفع الثمن.

(1) Civ. 3 Avr. 1922, D.P. 1924. 1. 12- Civ 9 Mars 1949, T.C.P. 1949.11.5075 note Becque.

المبحث الثانى
كيفية تحقق القاضى من قيام الشرط الصريح الفاسخ ودوره فى أعماله

إن الإتفاق على الفسخ التلقائى للعقد يمكن أن يتم فى صورة صريحة، ويمكن أن يستشف ضمناً من عبارات العقد، ويتزايد إنتشار مثل هذا الإتفاق فى الحياة العملية حتى أنه أصبح أمراً دارجاً فى كثير من العقود بفضل الميزات العديدة التى يوفرها للدائن. ويلعب قاضى الموضوع دوراً هاماً فى تفسير إتفاقات الأطراف للتعرف على قيام الشرط المذكور وطبيعته. وعلى الرغم من إستبعاد الشرط الصريح الفاسخ لسلطة القاضى فى فسخ العقد الا أنه يظل له دور حيوى فى أعمال الشرط المذكور، ونعرض لتلك النقاط على التالى.

المطلب الأول
الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ

يمكن القول، بصفة عامة، بأن الطابع القضائى للفسخ لا يتعلق بالنظام العام[1]، ومن ثم يتمتع الأطراف بحرية كاملة فى تنظيمه، وعلى ذلك يجوز

(1) Teyssie, les clauses de résiliation et de désolution, cahiers du droit et de l'entreprise 1975, p.1- Carbonnier, op.cit. p. 338.

الإتفاق على الفسخ التلقائى للعقد عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنـه(١)، أى تضمين العقد شرطاً صريحاً فاسخاً، يسلب القاضى سلطته التقديرية فى الفسخ، بالصورة التى يرغب فيها المتعاقدان. ويبدو ذلك المبدأ واضحاً أمام صراحة نص المادة ١٥٨ (٢)، ولكن المشرع يتدخل أحياناً، لإعتبارات تتعلق بالنظام العام، ويفرض قيوداً على فسخ بعض العقود من شأنها الحد من أعمال الشرط المذكور، كما سنرى بصدد الموانع القانونية للشرط الصريح الفاسخ.

(١) ومن ناحية أخرى يجوز للأطراف الإتفاق على إستبعاد الفسخ والإكتفاء بطلب التنفيذ، فمسألة فسخ العقد بصفة عامة، لا تتعلق بالنظام العام.
Req. 24 Mars 1931, R.T.D.civ. 1931, 889, obs, Demogue. civ, 1'1' Fév. 1956, Gaz.Pal. 1965. 2.247.

وهناك اتجاه قديم يرى عدم صحة هذا الإتفاق لأن من شأنه المساس بدور القاضى فى مراقبة حسن نية المتعاقدين فى تنفيذ العقد. Req. 9 Mars 1903, D.P. 1904,1,89.

وهناك إتجاه وسط يرى عدم صحة التنازل المسبق عن طلب الفسخ ويصح التنازل اللاحق لعدم تنفيذ الإلتزام.. H.L.J. Mazeaud, op.cit. n. 1104.

(٢) قارن عبد الحى حجازى الذى يرى أن حرية الإتفاق على الفسخ يجب أن تخضع لمبدأ عدم جواز التعسف فى إستعمال الحق، ولم يرد فى أحكام القضاء الى الآن أى معنى من هذا القبيل، الا أن الفقيه يأمل أن تذهب المحاكم يوماً الى ذلك أسوة بالقانون الإيطالى، نفس المرجع ص١٥٩، والجدير بالذكر أننا لم نعثر فى القانون الفرنسى على أى إتجاه فقهى أو قضائى مماثل للرأى السابق، وإن كان ذلك لا يمنع من وجود الإتجاه المقيد لمبدأ سلطان الإرادة الذى ينظر الى الشرط الصريح الفاسخ بحذر ويرى إحتفاظ القاضى بدور تسامحى تجاه المدين المتقاعس عن التنفيذ بحسن نية ويستندون فى ذلك الى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، إنظر فى عرض ذلك الإتجاه. Ph. Gerbay, op.cit.p. 49.

ومع ذلك فإن القضاء مستقر على أن مبدأ الفسخ القضائى المقرر فى المادة ١١٨٤ لا يتعلق بالنظام العام وللأطراف حرية مخالفته Com. 14 Mars 1950, S 1950.1.174- Com, 7 Mars 1984 R.T.D. Civ. 1985 note Dele becque.

ويقوم القاضى بالتحقق من الإتفاق على وجود الشرط الصريح الفاسخ فى العقد، وهذا الإتفاق يمكن أن يندرج بين بنود العقد أو فى ورقة إضافية تعد ملحقاً له طالما أن هذا الملحق جزء لا يتجزأ من العقد ذاته.

«ولا يشترط القانون الفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ، وكل ما يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له[1]»، فلا يلزم للتعبير عن الشرط المذكور الفاظاً أو صيغة معينة، بل يكفى صياغته فى أية عبارة تقطع فى الدلالة عن المراد منه، ومن أمثلة ذلك ما ورد فى قضاء النقض بأن «النص فى العقد على ترتيب أثار الفسخ بغير حاجة الى تنبيه أو إنذار أو إخطار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد، ويقوم مقام النص على الشرط الصريح الفاسخ بلفظه، ولا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى أخذت به».[2]

والإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ يمكن أن يتم فى صورة صريحة أو فى صورة ضمنية، ولكن تجب الحيطة والتشدد فى إستخلاص التعبير الضمنى[3]، حيث ينبغى أن تكون إرادة الأطراف الضمنية مؤكدة وقاطعة

---

(١) نقض ١٩٨١/١١/١٨ طعن ٣٨٨ س٤٨ق، ١٩٨٣/٢/٨ طعن ٢٤٢ س٥٠ق، ١٩٨٣/٥/٥ طعن ١٥٨٧ س٤٩ ق .

(٢) نقض ١٩٨٦/٥/٢٧ طعن ١٩ س٥٣ .

(٣) السنهورى جـ١ ص٢٢١ .

فى الدلالة على الفسخ التلقائى للعقد بمجرد حدوث المخالفة(١)، فالفسخ القضائى هو الأصل العام ولا يمكن إستبعاد سلطة القاضى فى الفسخ إلا بإرادة واضحة وحاسمة. ومثال ذلك ما ذهبت اليه محكمة النقض من جواز إستخلاص الشرط الصريح الفاسخ من ايداع عقد البيع لدى أمين حتى الوفاء بالثمن والتصريح للمودع لديه بإعدام هذا العقد عند حلول الميعاد وعدم قيام المشترى بالوفاء.(٢)

المطلب الثانى

مجال الشرط الصريح الفاسخ فى العقود

لقد كان من شأن المزايا العديدة التى يوفرها الشرط الصريح الفاسخ للدائن تزايد إنتشاره والنص عليه فى العقود، فالشرط المذكور ينقل سلطة إيقاع الفسخ من القاضى الى الدائن حيث يكون له الخيار بين طلب التنفيذ أو الفسخ عند إخلال المدين بإلتزامه، وهو بذلك يتفادى تحكم القاضى وإجراءات التقاضى، أى أن الفسخ كجزاء لعدم الوفاء يكون أكثر فعالية

(١) وفى ذلك تطبيق لحكم القواعد العامة التى تتضمنها المادة ٩٠ مدنى: « ١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون بإتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقته. ٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً».

(٢) نقض ١٩/١٢/١٩٨٤ طعن ١٥٨٥ س ٥٠ق ، نقض ٢٣/١٢/١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ ص ٦٨٨ وقد جاء فيه: «القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (قديم)، وعلى ذلك فإن ما أثبته الحكم من أن طرفى عقد البيع قد إتفقا فى العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه، ونصا على أنه عند إخلال المشترى بشرط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين إتجهت عند تحرير هذا العقد الى الشرط الفاسخ الصريح، أى إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه، فإنه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تتحمل ما إستخلصه الحكم منها».

ويلعب بذلك دوراً وقائياً للنكول عن تنفيذ العقد، حيث يكون من شأن الشرط الصريح الفاسخ تهديد المدين المتقاعس بإنهاء العقد لحثه على الوفاء[١]، وهو بذلك يكون بمثابة تأمين لضمان حقوق الدائن وتأكيد نفاذ العقد. لذلك يحرص الأطراف، الدائن أو الطرف القوى، على تضمين العقد شرطاً صريحاً فاسخاً، حتى أنه أصبح شرطاً دارجاً ومألوفاً فى كثير من العقود، وبصفة خاصة البيع والإيجار. والنص على الشرط المذكور يصلح كجزاء للإخلال بكافة أنواع الإلتزامات التعاقدية وإن كان يغلب اللجوء اليه بصدد الإلتزام بدفع مبلغ من النقود.[٢]

ويمكن الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ فى جميع العقود الملزمة للجانبين، حتى ما يكون منها ذا صفة إحتمالية كعقد التأمين[٣] وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة[٤]، بما فى ذلك عقد القسمة[٥]، ويستوى فى ذلك

---

(1) Borricand, op.cit. n. 8,9.

(٢) نفس المرجع فقرة ١٠ .

(٣) مع ملاحظة أن عقد التأمين يخضع فى هذا الصدد لتنظيم تشريعى آمر كما سنرى بصدد الموانع القانونية لاعمال الشرط الصريح الفاسخ.

(٤) وقد كان القانون المدنى القديم، تأثراً بالقانون الفرنسى (م١٩٧٨)، يمنع اعمال الفسخ على هذا العقد، ولكن المشرع عدل عن ذلك ورده الى القواعد العامة، ومن ثم يخضع للفسخ القضائى والإتفاقى (م٧٤٦) السنهورى حـ١ ص٩٥٧- ويلاحظ أن القضاء الفرنسى يعتبر نص المادة ١٩٧٨ ذا طبيعة مكملة ومن ثم يجوز للأطراف إستبعاد حكمه من خلال النص فى العقد على الشرط الصريح الفاسخ Starck, op.cit. p. 642. 1,6 Juill, 1955 Bull. Civ. 1,n 286-Civ. 3,1 avr. 1971 Bull. Civ. 111. n.241-10 avr. 1962,J.C.P. 11. 1289-3nov. 1965 Bull. civ. 1n 595.

(٥) ويرفض القضاء الفرنسى، رغم عدم وجود نص، الحكم بفسخ عقد القسمة، إلا أنه قبل مع ذلك فسخ ذلك العقد إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ. =

أن نكون بصدد-عقد معاوضة أصلى كالبيع أو عقد معاوضة تبعى كالرهن الحيازى أو عقد تبرع ملزم للجانبين كالعارية(1)، ولا يتصور الفسخ الا بمناسبة العقود الملزمة للجانبين لأنها تنشئ إلتزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين، «أما العقد الملزم لجانب واحد فلا محل فيه للفسخ لأن طرفاً واحداً هو الملتزم، فإذا لم يقم بتنفيذ إلتزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة فى طلب الفسخ إذ ليس فى ذمته أى إلتزام يتحلل منه بالفسخ، بل مصلحته هى فى أن يطلب تنفيذ العقد(2) ويمكن أن ينقلب العقد الملزم لجانب واحد الى عقد ملزم للجانبين ويصبح بذلك قابلاً للفسخ القضائى أو الإتفاقى، مثال ذلك الوديعة بأجر.

= Marty et Raynaud, op.cit. p. 339- starck, op.cit. p642-civ- 14 mai 1931, s. 1933. 181-Montpellier 23Mai 1951, J.C.P. 1951. 1v, n. 165.

(1) Larribau- Terneyre, le domaine de l'action résolutoire, recherches sur le contrat synallagmatique, th. pau, 1988,p.225.

(٢) نقض ٢٠/١٠/١٩٨٥ طعن ١٩٥٢ س٥٤ ق (محمد خيرى أبو الليل. مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى تطبيق قوانين الإيجار، جـ١، ١٩٩١، نادى القضاة ص ١٤١) وقد جاء فيه«... ولا ينال من ذلك أيضاً ما أطلقه العاقدان من وصف لذلك الشرط بأنه «شرط فاسخ صريح» اذا أن المناط فى تكييف العقود هو ماعناه المتعاقدان دون اعتداد بما أطلقاه عليه من تسمية متى تبين أن هذه الاوصاف تخالف حقيقة التعاقد وقصد المتعاقدين، وإن كان تعرف هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع وصولاً منها الى التكييف القانونى الصحيح، إلا أن هذا التكييف لقصد المتعاقدين وإنزال حكم القانون على العقد هو من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إنحرف فى تكييفه للشرط الوارد بالعقد وخلع عليه وصف الفاسخ الصريح حالة أنه لا يعدو أن يكون شرطاً فاسخاً ضمنياً، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون».

المطلب الثالث

سلطة قاضى الموضوع فى تفسير الإتفاق على الفسخ

يتحرى قاضى الموضوع وجود الشرط الفاسخ فى العقد من خلال البحث عن النية المشتركة للطرفين، أى البحث عما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد إتجهت الى وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له، فعلى القاضى أن يتأكد من أن إتفاق الأطراف يرمى بوضوح الى إستبعاد السلطة التقديرية للقاضى بصدد فسخ العقد، الذى يقع تلقائياً بمجرد الإخلال بالإلتزام المتفق على أعمال الشرط الصريح الفاسخ كجزاء له.

ويجب على المحكم أن تتحرى طبيعة الشرط الصريح الفاسخ من خلال التعرف على حقيقة مراد العاقدين من خلال عبارات العقد الصريحة أو الضمنية القاطعة فى الدلالة على ذلك. فعلى القاضى أن يتبين عما إذا كان إتفاق الأطراف يرمى الى إعمال القواعد العامة أى الفسخ القضائى طبقاً للمادة ١٥٧ مدنى، أم إستبعاد سلطة القاضى كلية وإعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد إنذار المدين أم دون حاجة الى ذلك، وينزل القاضى التكييف الصحيح على الشرط الوارد بالعقد دون أن يتقيد فى ذلك بالوصف الذى يطلقه عليه المتعاقدان.

ويستقر قضاء النقض على أن إستخلاص المحكمة لقيام الشرط من عدمه يعد من إطلاقات قاضى الموضوع طالما كان هذا الإستخلاص موضوعياً سائغاً تحتمله عبارة العقد وتؤدى إليه، ولا سبيل لمحكمة النقض عليه فى

ذلك[١]، إذ تتعلق المسألة بتفسير العقد[٢]، ولقاضى الموضوع السلطة التامة فى تفسير الإتفاقات حسبما يراه أدنى الى نية عاقديها مستهدياً فى ذلك بوقائع الدعوى وظروفها ولا رقابة لمحكمة النقض عليه متى كانت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى أخذ به[٣]. ويعتبر تقدير قاضى الموضوع فى هذا الصدد من مسائل الواقع التى تنأى عن رقابة محكمة النقض مادامت أسباب حكمه متفقة مع القواعد التى يقررها القانون لتفسير العقود.[٤]

وتطبيقاً لذلك قضى بأن «النص فى الإتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة الى تنبيه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه. فإذا كانت محكمة الإستئناف قد إستخلصت من عبارات العقد أن نية المتعاقدين إتجهت عند تحريره الى إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند إخلال البائعين بإلتزاماتهما وبنت هذا الإستخلاص على ما ورد فى العقد من عبارات فسرتها بأنها تفيد الإتفاق على أنه فى حالة تخلفهما عن الوفاء بإلتزاماتهما يصبحان ملتزمين برد ما قبضاه من ثمن المبيع الذى تخلفا عن تسلمه وذلك بدون أى منازعة وبلا حاجة الى تنبيه أو

---

(١) نقض ١٩٨١/١١/٢٩ طعن ٥٢ س٥١ ق .

(٢) نقض ١٩٣٣/١/٥ مجموعة عمر ص ١٦٣ .

(٣) نقض ١٩٧١/٣/٢٥ س٢٢ ص٤٠١ .

(٤) وتؤكد محكمة النقض بأن تفسير العقود هو من شئون محكمة الموضوع، فلها أن تقرر معناها على أى وجه تراه مفهوماً من صيغتها وتعتبره متفقاً مع قصد المتعاقدين، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك مادامت عبارة العقد تحتمل المعني الذى تأخذ به. (نقض ١٩٣٣/٢/٢ مجموعة عمر ١ ص١٧١).

إنذار وهو أثر لا يترتب إلا على إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، وكان لا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى هذا الشرط مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى أخذت به، فإن تكييف الشرط على مقتضى هذا التفسير بأنه شرط صريح فاسخ يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير كفاية أسباب الفسخ، هذا التكييف لا مخالفة فيه للقانون.[١]

يندرج دور القاضى فى هذا الصدد فى عملية تحديد مضمون العقد وتفسير أحكامه أعمالاً للقواعد العامة المنصوص عليها فى المواد ١٥٠، ١٥١ مدنى، وعلى ذلك إذا قام الشك حول حقيقة المقصود من إتفاق الأطراف على الفسخ، فإن القاضى يفسر الشك لمصلحة المدين ويعتبر العقد قائماً لا يفسخ عند الإخلال بالإلتزام إلا بناء على حكم يصدره القاضى، إستناداً الى سلطته التقديرية فى هذا الصدد، ويكون الحكم منشئاً للفسخ إعمالاً لحكم المادة ١٥٧ الخاصة بالفسخ القضائى.

فالقاضى لا يعمل الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ الا اذا كان قد تم التعبير بصورة صريحة وغير غامضة عن إتجاه إرادة الأطراف الى الفسخ التلقائى للعقد بمجرد الإخلال بالإلتزامات الناشئة عنه[٢]، وعند الشك فى التعرف على هذه الإرادة، فإنه يجرى أحكام الفسخ القضائى مباشرة[٣]،

(١) نقض ١٩٦٥/١٠/٢٨ س١٦ ص٩٤٢ .

(٢) نقض ١٩٧٣/١/٩ س٢٤ ص٤٩ .

Civ.3.7 déc . 1988, D. 1988. IR, 299-civ.1,13 déc 1988, I.C.P. 1989, 11.21349, obs. M.Behar-Touchais.

(٣) نقض ١٩٨٥/١٠/٢٠ سبق الإشارة اليه. وقد جاء فيه: «...وحتى تنصرف إرادة المتعاقدين=

وحتى مع وجود الشرط المذكور، فإن تفسيره ينبغى أن يتم بدقة متناهية للبحث عما إذا كان هذا الشرط يؤدى الى الفسخ التلقائى دون حاجة الى حكم أو دون حاجة الى انذار أم يلزم أحدهما أو كلاهما، وإذا ثار شك فى هذا الصدد، فإن القاضى يتجه نحو التفسير الضيق للشرط، أى أنه لا يمكن الإستغناء عن صدور حكم قضائى بالفسخ أو عن الإنذار الا إذا كانت صيغة الشرط قاطعة فى الدلالة على ذلك[١]، ولكن القاضى فى قيامه بذلك الدور، يلتزم بما إتجهت اليه إرادة الأطراف دون مسخ أو تشويه لتلك الإرادة.[٢]

= الى وقوع الفسخ بقوة العقد بمجرد تحقق الإخلال بالإلتزام المؤدى اليه. لما كان ذلك وكان ما ورد بالبند ثالثاً من العقد من أنه «إذا تأخر الطرف الثانى فى دفع القيمة الإيجارية بالطريقة المبينة، يحق للطرف الأول فسخ هذا العقد وتصبح حيازة الطرف الثانى للعين بلا سند قانونى وبغير حاجة الى تنبيه بالسداد... لا يؤدى الى فسخ العقد حتماً ومن تلقاء نفسه فور تراخى المستأجر في الوفاء بالأجرة فى مواعيدها، اذ جاءت قاصرة على مجرد منح المؤجر حق فسخ العقد، وهو ذات الحق المقرر له فى القانون فى العقود الملزمة للجانبين، أى أنها لا تعدو أن تكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المنصوص عليه فى المادة ١٥٧ مدنى، ولا يغير من ذلك ما ورد بعبارة الشرط من أن حيازة المستأجر تصبح بلا سند قانونى، إذ أن ذلك أثر محقق لوقوع الفسخ إتفاقاً أو قضاء، فلاينصرف لأحدهما دون الأخر، كما أن تقرير حق المؤجر فى الفسخ ليس الا مجرد إعفاء من الإعذار دون إعفاء من اللجوء الى القضاء فى طلب الفسخ بحكم منشئ له وهو أمر بدوره جائز فى حالتى الفسخ الإتفاقى والقضائى.

Req. 3Mai 1937, D.H. 37. 364-chambery, 6 Juin 1955, D. 1956. somm. p.94- Domogue, obs. R.T.D. Civ. 1937, p. 620.

(١) نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ مجموعة عمر ٥ ص٦٨٨، ١٩٦٦/٢/٨ المجموعة س١٣ ص ١٩٦ .
Civ 28Mai 1953, S. 1954, 1,79-H.L.J. Mazeaud.
op.cit. n. 1105-Ripert et Bounlanger, T. 11 n,548-Civ. 10 Jan. 1958, R.T.D. Civ. 1958, 419 obs. H.L. Mazeaud.

(٢) نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ مشار إليه سابقاً.

ويتفق ذلك مع القواعد العامة التى تجعل من الفسخ القضائى أصلاً عاماً والعدول عنه الى الفسخ الإتفاقى مجرد إستثناء ينبغى تفسيره فى حدوده[1]، إذ يعد تدخل القاضى فى تقدير الفسخ ضمانة للمدين لا يجوز حرمانه منها الا بإتفاق صريح، أضف إلى ذلك أن قواعد التفسير تقضى بإتخاذ التفسير الإصلح للمدين، خاصة إذا كان هذا المدين هو الطرف الضعيف فى العقد، وهذا ما يحدث عملاً حيث يحرص الطرف القوى فى العقد على تضمينه شرطاً صريحاً فاسخاً لضمان تنفيذ إلتزامات معينة ولسرعة التخلص منه بمجرد تقاعس المدين عن التنفيذ، وأخيراً فإن الشرط المذكور جزاء على عدم تنفيذ العقد، فهو صورة من «القضاء الخاص» أى حالة من الحالات الإستثنائية التى يجوز فيها للأفراد الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم بأنفسهم، فالأصل أن الجزاء تثبت سلطة توقيعه للسلطة العامة ممثلة، فى هذا الصدد، فى السلطة القضائية.

(١) مثال ذلك قضاء النقض بأنه «...ولما كانت الدعوى قد رفعت للحكم بإنفساخ عقدين مختلفين استناداً الى تحقق الشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه فى كل منهما، ولا يكفى تحققه فى أحد العقدين للحكم بإنفساخ العقد الآخر، وإنما يقتصر الإنفساخ فى هذه الحالة على العقد الذى تحقق فيه الشرط، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتحقق الشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه فى كل من عقدى البيع الصادرين من المطعون عليهم على أن المبالغ المسددة من الطاعن لا تفى بقيمة الأقساط الباقية فى ذمته بمقتضى العقدين دون بحث للمبالغ المسددة من الثمن المتفق عليه فى كل عقد على حدة والتعرف على ما إذا كانت هذه المبالغ تكفى للوفاء بهذا الباقى، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون». (نقض ١٩٧٥/٥/١٧ س٣٠ ص٣٦٥).

المطلب الرابع
دور القاضى فى أعمال الشرط الصريح الفاسخ

إذا تحقق القاضى من وجود الشرط الصريح الفاسخ بالعقد، فإن سلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ تختفى مباشرة، ويقتصر دوره على إعمال الشرط المذكور، أى تقرير وقوع الفسخ عند التحقق من توافر شروطه، وليس للقاضى أمام تمسك الدائن بالفسخ، قبول التنفيذ المتأخر من المدين أو منحه مهلة للوفاء بإلتزامه.[١]

إن إحترام المدين لمضمون الشرط الصريح الفاسخ وإلتزامه بأثاره يؤدى نظرياً الى إستبعاد دور القاضى كلية، حيث يقع الفسخ تلقائياً، وتترتب آثاره مباشرة أى يعاد الحال الى ما كان عليه الإمر قبل التعاقد[٢]، ولكن العمل يظهر عكس ذلك تماماً حيث يظل للقاضى دور هام، أمام تعنت ومماطلة المدين، والخلاف حول إنطباق الشرط على عبارة العقد، وتوافر شروط اعماله، فى تطبيق ذلك الشرط والتحقق من مشروعية إعماله.

فبعد أن يتحقق القاضى من قيام الشرط ويتعرف على طبيعته ومضمونه، عليه أن يتأكد من توافر شروط إعماله، أى من واقعة الإخلال بالإلتزام مناط إعمال الشرط[٣]، وعما إذا كان من اللازم صدور حكم

---

(١) إنظر ما سبق ص ٣٩ .

(2) Civ. 16 Juil. 1968, D. 1969, som. 13.
(3) Civ. 31 Oct. 1962 , D . 1963, 363.

قضائى بالفسخ أو إعذار المدين والتحقق من إتمام ذلك[١]، ومراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله، كما لو تبين له أن الدائن قد اسقط خياره فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد، أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لإلتزامه، أو كان إمتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه[٢]، أو كان عدم التنفيذ راجعاً الى ظروف طارئة، أو كان هناك نص قانونى آمر يحول دون وقوع الفسخ ويمنع بالتالى إعمال الشرط الصريح الفاسخ طبقاً لما هو متفق عليه[٣].

فالشرط الصريح الفاسخ لا يؤدى الى إستبعاد دور القاضى كلية، بل الى تغيير طبيعة هذا الدور وتوقيته.[٤]

ففى الفسخ القضائى يتدخل القاضى بداية ليحكم بالفسخ بعد التأكد من عدم الوفاء وعدم جدوى الإبقاء على العقد، أما فى حالة الشرط الصريح الفاسخ فإن الفسخ يقع تلقائياً دون اللجوء الى القضاء، أى أن الدائن هو

(1) Civ. 3,24 nov. 1976, R.T.D. Civ. 1977 obs. cornu.

ويقضى الحكم بوجوب الإعذار حتى ولو تعلق الأمر بإستمرار إخلال المستأجر بالتزامه بالإنتفاع بالعين على الوجه المألوف.

وفى حكم أخر قضت بأنه لا يعتد بالإعذار المعيب الذى يجريه الدائن بسوء نية.

Civ. 3,29 Juin 1976- 15 dec. 1976, R.T.D. Civ. 1977.340 obs cornu.

(٢) نقض ١٩٧٠/١١/٢٦ س٢١ ص١١٨١ .

(٣) إنظر تفصيل ذلك في الباب الثانى المتعلق بموانع إعمال الشرط الصريح الفاسخ.

(4) R. Cassin, Réflexions sur la résolution Judiciaire des contrats, p. 179- Hebraud, note J.C.P. 1950. 11. 5285.

الذى يقرر وقوع الفسخ[١].ويمكن للمدين أن يطلب من القضاء التدخل ليراقب مشروعيته وعدم تعسف الدائن فى اعماله، أى أن تدخل القاضى اتى، لا ليحكم بالفسخ، بل ليتأكد من صحة وقوعه، فدوره يأتى بعد حدوث الفسخ لا قبله[٢]، ومن ثم فإن الشرط يمكن الدائن من إقتضاء حقه بنفسه. وبالرغم مما ينطوى عليه ذلك من مخاطر قد تستدعى مراقبة قضائية لاحقة، إلا أنه يؤدى الى العدالة السريعة والحاسمة.

أضف الى ذلك أن تدخل القاضى أمر ضرورى فى حالة تعنت المدين لإجباره على تنفيذ الفسخ، بعد وقوعه، وترتيب آثاره القانونية، فاعادة الحال الى ما كان عليه الأمر قبل التعاقد يقتضى، فى أغلب الأحوال، تدخل المحكمة[٣]، وقد يمتنع المدين عن رد ما يكون قد تسلمه أو ما يكون فى حوزته من أعيان بسبب العقد الى الدائن، مما قد يضطره، بدلاً من رفع دعوى

---

(1) B. Houin, la rupture unilaterale des contrats synallagmatiques, thèse Paris, p. 221.

(2) Starck, op.cit. p. 647.

وعلى أية حال فإن وجود الشرط الصريح الفاسخ لا يمنع الدائن من طلب الفسخ القضائى اذا توافرت شروطه.

Civ. 1. 23 Mars197. I.C.P. 1971, 1v, 120.

(٣) فقد يقتضى الحكم بالتعويض سواء لإستحالة إعمال الأثر الرجعى أو بسبب ما أصاب المال موضوع العقد المفسوخ من نقص .Civ.1,4 oct. 1988. D.1988, IR,, 256 أو مقابل لإنتفاع به .Civ. 3,12 Jn. 1988. J.C.P. 1vr, 109 أو بسبب تعلق حقوق الغير به Jan. 1971, D. 1971, somm. 152

. Com . 3 Jan 1972, D. 1972, 649 note Trochu- Civ. 3,13 Mai 1974, Gaz. Pal. 1974, 879 note plancqueal.

لتقرير الفسخ[١]، ألى رفع دعوى إسترداد حيازة أو دعوي طرد[٢]، حيث تصبح يد المدين على العين يد غاصب بعد زوال سند حيازته لها.

ويؤدى ذلك الى أضعاف فعالية الشرط الصريح الفاسخ ودوره التهديدى الضاغط على المدين المماطل حيث يجد الدائن نفسه مجبراً على الدخول فى إجراءات التقاضى التى أراد تفاديها منذ البداية، ولهذا نجده يحرص على تلافى ذلك بقدر المستطاع من خلال تقوية الشرط المذكور أما بتضمين العقد شروطاً إضافية تتعلق بأعمال آثار الفسخ بعيداً عن القضاء[٣]، وأمـــا باللجوء الى القضاء المستعجل.

الفرع الأول

كيفية اعمال آثار الفسخ بعيداً عن القضاء

يجرى العمل فى فرنسا، أحياناً على تضمين العقد، بالإضافة الى الشرط الصريح الفاسخ، شروطاً إضافية لتقوية الشرط المذكور من خلال تأكيد تلقائية ترتيب اثاره دون حاجة الى التدخل القضائى، وتتمثل تلك الشروط فى «شرط الطرد Clause d'expulsion» وشرط الغرامة التهديدية astreinte commintoire [٤]

١- يحرص الدائن، وبصفة خاصة الشركات، على أن يقتضى حقه بنفسه

---

(1) T. I. Paris 17 dec, 1962, Gaz. Pal. 1963. 1.204-civ 3.7 Juin 1974, Gaz. pal. 1.1 note plancqueal.
(2) J. Borricand. op.cit. n.25.
(3) Ph. Gerbay, op.cit. n. 60.

(٤) نفس المرجع فقرة ٦١ .

بعيداً عن ساحات القضاء من خلال النص فى العقد على أحقيته، بمجرد وقوع الفسخ، فى أن يسترد، بنفسه أو بمن ينوب عنه، المال محل العقد المفسوخ من المدين[١]، أو النص على ما يسمى بشرط الطرد، وتتمثل صيغته غالباً فيما يلى-«يلتزم المستأجر، بمجرد إنقضاء العقد، بأى سبب كان، بأن يخلى العين مباشرة. ويحق للدائن، عند مماطلة المدين، أن يستردها بنفسه، ولو أدى ذلك الى الإستعانة بـ «متخصص فى فتح الأبواب وإخلاء العين».[٢]

إن مشروعية هذه الوسائل تثير الكثير من الجدل حتى ولو إستندت في وجودها الى موافقة المدين المسبقة على ذلك فى العقد، فهى ولا شك تتعارض مع النظام العام لأنها تمثل نوعاً من القضاء الخاص الذى لا يمكن اللجوء اليه، على سبيل الإستثناء، إلا إستناداً الى نص صريح، أضف الى ذلك أن تلك الوسائل قد تنطوى على المساس بحرمة المسكن التى يحميها القانون الجنائى بنصوص آمرة.[٣]

٢- يلجأ البعض، لضمان إسترداد المال مباشرة عقب الفسخ الى النص فى العقد على غرامة تأخيرية تستحق عن كل يوم يتأخر فيه المدين

---

(١) مثال ذلك ما يحدث فى عقود التوكيلات التجارية، حيث حدث أن قامت شركة «بيوجو» الفرنسية لصناعة السيارات، اثر فسخ العقد مع أحد وكلائها، بواسطة أشخاص من قبلها، بنزع اللافتة بالقوة من المقر، إعمالاً لآثار الفسخ الواقع إستناداً الى الشرط الصريح الفاسخ، نفس الموضع، والقضاء المشار إليه.

(٢) نفس الموضع.

(٣) نفس الموضع.

عن تسليم المال الى الدائن.(١)

الفرع الثاني

اللجوء الي القضاء المستعجل

إذا كان من المحتم، رغم وقوع الفسخ التلقائى للعقد، اللجوء الى القضاء لإعمال آثار الفسخ، فإن الدائن يفضل، تفادياً لبطيء وتعقد إجراءات التقاضى العادية، التوجه الى القاضى المستعجل حيث يقتصر دوره على ترتيب الآثار القانونية للفسخ الذى يكون قد وقع بالفعل طبقاً للشرط الصريح الفاسخ، ويؤدى ذلك الى زيادة فعالية الشرط المذكور وتقوية دوره الضاغط على المدين(٢) ودوره التأمينى لحقوق الدائن، حيث يتم إسترداد المال أو طرد المدين المماطل من العين موضوع العقد المفسوخ مباشرة عقب الفسخ.

ويثور التساؤل في هذا الصدد عن مدى إختصاص القضاء المستعجل بنظر تلك المنازعة، وهل ينعقد إختصاصه لمجرد وجود الشرط الصريح الفاسخ بالعقد؟

إن إختصاص القضاء المستعجل ينعقد إما بناء على نص فى القانون فى حالة معينة، وإما إستناداً الى القواعد العامة بتوافر شرطى إختصاصه المنصوص عليهما فى المادة ٤٥ مرافعات وهما توافر الإستعجال وعدم

(١) نفس الموضع.

(2) J.Borricand, op.cit.n 25-Ph, Gerbay, op.cit. n.63.
Seignolle, De l'evolution de la Juridiction des référes, J.C.P. 1954. 1.1200. Jestaz, l'urgence et les principes classique de droit civil, thèse Paris p. 173.

المساس بأصل الحق[١]، ومن ثم فإن وجود الشرط الصريح الفاسخ فى العقد لا يؤدى بذاته الى إنعقاد الإختصاص لقاضى الأمور المستعجلة ما لم يتوافر المعيار العام لهذا الإختصاص[٢]، فالإتفاق على الفسخ التلقائى للعقد لا يعنى فى ذاته توافر ركن الإستعجال، ولكن الإختصاص المذكور ينعقد فى أغلب الأحوال التى يرفض المدين تسليم أو إخلاء العين موضوع العقد المفسوخ حيث يتوافر الإستعجال من الضرر الذى قد يلحق الدائن من إحتفاظ المدين بالعين بلا سبب بعد فسخ العقد[٣]، إذ يصبح فى حكم الغاصب لأن وضع يده على العين يكون بلا سند قانونى. مثال ذلك إختصاص القاضى المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة عقب الفسخ التلقائى للعقد، إعمالا للشرط الصريح الفاسخ، متى تبين له من ظاهر الاوراق تحقق الشرط المذكور وتوافر شرطى إختصاصه[٤] ومثاله أيضاً طرد المشترى من العين المبيعة بعد فسخ العقد، كما لو تسلم المشترى العقار المبيع قبل دفع الثمن الواجب دفعه على أقساط وإتفق فى عقد البيع على إعتبار التعاقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبقوة القانون عند تأخير المشترى فى وفاء أى قسط من

---

(١) أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافات. ط٥، ص٣٠٨ .

(2) Civ. 7 Juin 1979, J.C.P. 1979, 266.

وقد جاء فيه أن وجوذ الشرط الصريح الفاسخ بالعقد لا يمنع القضاء المستعجل من سلطاته فى التحقق من توافر شروط إختصاصه.

(٣) محمد على راتب وآخرون، قضاء الأمور المستعجلة ط٧، ص٧١ .

Civ. 12 Juill. 1956. J.C.P. 1956. 11.9508 note g.m-22 Mars 1957, J.C.P. 1957.11.9984 note g.m.

(٤) إنظر ما يلى ص ١٨٢ .

الأقساط فى ميعاده[١].

ويشترط لإختصاص القضاء المستعجل فى هذه الحالات، بالإضافة الى توافر ركن الإستعجال، عدم المساس بأصل الحق، فإذا كانت الأوراق فى ظاهرها تشير بوضوح الى أن النزاع فى حاجة الى بحث موضوعى لإستظهار الأمر تعين عليه القضاء بعدم إختصاصه نوعياً بنظر الدعوى.[٢]

ويثور التساؤل أيضاً عما إذا كان من الممكن أن يتفق الأطراف فى العقد على إنعقاد الإختصاص للقضاء المستعجل بنظر النزاع؟

إذا إتفق الأطراف فى العقد على أنه يجوز اللجوء الى القاضى المستعجل لترتيب آثار الفسخ الواقع بقوة القانون إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ، فهل يكفى ذلك الإتفاق كسند لإختصاص القاضى المستعجل ولو لم يتوافر ركن الإستعجال؟ أى هل يغنى ذلك الإتفاق عن شرط الإستعجال؟

أجابت بعض المحاكم على ذلك بالإيجاب[٣]، ولكن محكمة النقض الفرنسية رفضت ذلك لأن إختصاص قاضى الأمور المستعجلة أمر يتعلق بالنظام العام[٤]، وعلى ذلك فإن إختصاصه بنظر النزاع يتحدد طبقاً للقواعد

---

(١) محمد على راتب وآخرون، المرجع السابق ص ٤٤١ والقضاء المشار إليه.

(٢) مصطفى مجدى هرجه، أحكام وآراء فى القضاء المستعجل ط ١٩٩٢ ص١٤٦ والقضاء المشار إليه.

(3) Req- 26 fev. 1923. D. 1924, 1.76 Paris 16 Juin 1949, J.C.P. 1949.11.5285, note Hebraud.

(4) Civ. 12 Juill. 1956. J.C.P 1956, 11,9508 note G.M. civ. 15 Mai 1974, Bull. civ 111, n.202.

المرسومة له، ومن ثم فإن إتفاق الخصوم لا يغير من الأمر شيئاً، فهو لا ينزع اختصاص القاضى المستعجل ولا يمنحه إختصاصاً. إذ لا يغنى هذا الإتفاق عن توافر شرط الإستعجال مناط إختصاص القاضى المذكور، ولا يتوافر الإستعجال من مجرد النص على الشرط الصريح الفاسخ وإختصاص القضاء المستعجل بإعمال آثاره، وجدير بالذكر أن قاضى الأمور المستعجلة يقبل بسهولة توافر عنصر الإستعجال(١)، خاصة وأنه يختص بتقدير هذا العنصر دون رقابة من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة.(٢)

ولا شك أن ذلك هو نفس الحكم فى القانون المصرى، حيث من المقرر أن الإختصاص النوعى للمحاكم المستعجلة يتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للخصوم الإتفاق على منحه إختصاصاً ليس له، وينعقد إختصاصه طبقاً للقواعد العامة، اما بناء على نص، أو فى حالة توافر ركن الإستعجال وعدم التعرض لأصل الحق، ولكن الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ فى العقد يمكن أن يؤدي الى تأكيد الإستعجال.(٣)

وجدير بالذكر أن المشرع قد نص صراحة على إختصاص القاضى المستعجل بنظر دعوى الطرد بمناسبة إنقضاء عقد الإيجار(٤)، وهى التطبيق الفعلى الإكثر إنتشاراً بمناسبة إعمال الشرط الصريح الفاسخ.

---

(1) Ph. Gerbay, op. cit. n.65.

(٢) نفس الموضع- نقض ١٩٥٢/٢/٥ س٤ ص٢٥١، ١٩٥١/٣/٢٢، س٢ ص٥٤٨ .

(٣) أبو الوفا، التعليق على قانون المرافعات ص٣١٢ .

(٤) انظر ما يلى ص ١٨٢ .

وأخيراً كما قررنا أن وجود الشرط الصريح الفاسخ فى العقد لا يعنى بذاته إنعقاد الإختصاص للقضاء المستعجل بترتيب آثار الفسخ الواقع إعمالاً لذلك الشرط، ولا ينعقد الإختصاص المذكور لمجرد إتفاق الأطراف على ذلك، فإنه من المقرر أيضاً أن الإتفاق على إختصاص القاضى المستعجل بنظر الفسخ لا يعتبر بمثابة إتفاق على الشرط الصريح الفاسخ.[١]

(١) محمد على راتب وآخرون ص ٦٨٣ .

الفصل الثانى

سلطة القاضى فى التحقق من عدم تنفيذ الإلتزام

يستقر قضاء النقض على أن الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه أو إنذار أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه يترتب عليه وقوع الفسخ حتماً نفاذاً لذلك الإتفاق بمجرد تحقق الشرط دون أن يكون للقاضى خيار فى أمره ويتحقق الفسخ دون حاجة الى التقاضى، ما لم ينازع فى وقوع موجب الفسخ، وتقف مهمة القاضى فى هذه الحالة عند حدود التحقق من عدم الوفاء بالإلتزامات ليقرر إعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً.(١)

يعتبر المدين مخلاً بإلتزامه إذا لم يقم بالتنفيذ المطلوب فى الموعد المحدد لذلك، أو يعلن صراحة- قبل حلول الأجل- عن نيته فى عدم تنفيذ الإلتزام(٢) وكذلك الحال إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين(٣)، أو يتبين من الظروف أن المدين لن يستطيع الوفاء بإلتزامه

(١) نقض ١٩٨٣/٥/٣١ طعن ١٩١٢ سنة ٤٩ (السابق).

نقض ١٩٨٢/١٢/٢٣ طعن ٤٩١ س٤٩ ق : «إن مناط تحقق الشرط الصريح الفاسخ أو الحكم بالفسخ إعمالاً للشرط الضمنى هو ثبوت إخلال المدين بالوفاء بالإلتزام المرتب للفسخ».

(٢) نقض ١٩٥٦/٥/٣١ المجموعة س٧ رقم ٨٦ ص٦٣١ .

(٣) نقض ١٩٦٦/٤/٥ المجموعة س١٧ رقم ١٠٧ ص٧٩٧ .

«وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه إعتبر الإخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فإن مفاد ذلك أن الإلتزام المترتب على عقد المقاولة أصبح غير ممكن تنفيذه ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى بفسخ العقد والتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العينى لا يكون قد خالف القانون».

فى الأجل المحدد، يستطيع الدائن في هذه الحالات أن يبادر الى طلب الفسخ دون حاجة الى إنتظار حلول الأجل.(١)

أن تقرير إخلال المدين بإلتزامه يتطلب تحديد طبيعة الإلتزام ونوع الإخلال به، ويختلف الأمر بحسب ما إذا كان الإخلال بالإلتزام كلياً أم جزئياً أم مجرد تأخير فى التنفيذ، ونعرض لذلك على التوالى:

المبحث الأول

تحديد طبيعة الإلتزام ونوع الإخلال به

يتم تحقق القاضى من عدم الوفاء بالإلتزامات من خلال التعرف على طبيعة الإلتزام، وتحديد المدين به، ونوع عدم تنفيذه، بحيث ما إذا كان الفسخ هو الجزاء المقرر للإخلال بكافة الإلتزامات أم بإلتزام معين بذاته.

يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بإلتزامه، فيطلب الطرف الآخر فسخه ليتحرر بذلك من تنفيذ ما إلتزم بـه(٢)، الاصل أن الفسخ حق لكل طرف فى العقد الملزم للجانبين عند إخلال

(١) وذلك تطبيقاً «لنظرية الجحود المبتسر للعقد» محمد لبيب شنب، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية س٢ ص٢٥٧، س٣ ص١٣٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ٢ ص ٣٢٧ .

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها «إن ما تنص عليه المادة ١٥٧ من القانون المدنى من تخويل كل من المتعاقدين فى العقود الملزمة للجانبين الحق فى المطالبة بفسخ العقد اذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه، هو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين. ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من إشتراطه؟ ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه الا بإتفاق صريح) نقض ١٩٦٩/٢/١٢ المجموعة س٢٠ رقم ٥٢ ص٣٢٥- نق ١٩٧٨/٢/٢٨ طعن رقم ٧٥٤ سنة ٤٤ (السابق).

الطرف الآخر بإلتزاماته[١]. إلا أننا بصدد قاعدة مكملة يمكن لأطراف العقد تحديد نطاقها. يستطيع الأفراد، من خلال الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ، قصر أعمال الفسخ على حالة الإخلال بإلتزامات محددة بالذات، ومن ثم لا يستطيع التمسك بالفسخ سوى الدائن بأحد هذه الإلتزامات.

يتعين على القاضى- بادئ ذى بدء- تحديد نطاق الشرط الصريح الفاسخ وبحث ما إذا كانت إرادة الأطراف إبتغت من وراء الإتفاق عليه، إعماله كجزاء لعدم تنفيذ أى من الإلتزامات التعاقدية أم للبعض منها دون الآخر.

يؤدى تحديد طبيعة الإلتزام ونوع الإخلال به الى سهولة إعمال الشرط الصريح الفاسخ. تقل سلطة القاضى التقديرية عند وضوح ذلك التحديد فى إتفاق الأطراف، وتزداد تلك السلطة عند عموم صياغة الشرط كجزاء للإخلال بالإلتزامات التعاقدية.

ينقسم الإلتزام- بحسب المحل الوارد عليه- الى إلتزام بإعطاء شئ (نقل ملكية أو حق عينى آخر على شئ)، أو القيام بعمل أو إمتناع عن عمل.

إذا كان محل الإلتزام نقل ملكية شئ معين بالذات أو ترتيب حق عينى عليه، فإن الإلتزام ينفذ بمجرد نشأته بقوة القانون، ويصدق ذلك إذا كان الشئ منقولاً، أما إن كان عقاراً فلابد من إتخاذ إجراءات التسجيل حتى

---

(١) ويمكن أن يقضى القاضى بالفسخ بسبب الخطأ المشترك للمتعاقدين.
Civ 3,8 fév. 1977, Bull. Civ. n. 64-Com. 6 Mars 1984, Bull. n.92.

يترتب هذا الآثر[١]، وإذا ورد الإلتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين الا بنوعه فلا ينقل الحق الا بإفراز هذا الشئ[٢]، ويتضمن الإلتزام بنقل حق عينى الإلتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم[٣]

ويشتمل الإلتزام بإعطاء، فى الغالب- الى جانب الشئ المعين بالذات- علي توابع ذلك الشئ ومحلقاته التى تعتبر جزءاً منه. ففى البيع مثلاً تنص المادة ٤٣٢ على «أن الشئ يجب أن يسلم مع ملحقاته وكل ما أعد بصفة دائمة لإستعمال ذلك الشئ». كما تنص المادة ٤٥٨ على أنه يكون للبائع الحق فى الفوائد القانونية عن الثمن إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى.[٤]

وإذا كان محل الإلتزام هو القيام بعمل، فقد يكون إلتزاماً بتحقيق غاية أو نتيجة معينة، كإلتزام المهندس بتشييد بناء أو رسم لوحة هندسية، وقد يكون إلتزاماً ببذل عناية فقط، كإلتزام الطبيب بعلاج المريض.

ويمكن أن يكون محل الإلتزام هو الإمتناع عن عمل معين، كإلتزام التاجر بعدم منافسة تاجر آخر فى مكان معين، وإلتزام مالك الأرض بعدم البناء على جزء منها أو عدم الإرتفاع بالبناء الي قدر معين.

---

(١) م ٢٠٤ مدنى.

(٢) م ٢٠٥ مدنى.

(٣) م ٢٠٦ مدنى.

(٤) عبد الحى حجازى، المقال السابق ص١٩٠ .

يتمثل عدم الوفاء بالإلتزام الناشئ عن العقد إما فى عدم التنفيذ الكلى بالإمتناع عن القيام بما يوجبه العقد، أو بعدم التنفيذ الجزئى سواء بتنفيذ جزء من الإلتزام أو تنفيذه بطريقة غير مطابقة لما تم الإتفاق عليه أو بالتأخير فى التنفيذ، ويتوقف تحقق القاضى من تنفيذ المدين لإلتزامه على نوع هذا الإلتزام، وهل هو التزام بإعطاء أم التزام بعمل أو بإمتناع عن عمل.(١)

المبحث الثانى

الشرط الفاسخ وعدم التنفيذ الكلى للإلتزام

١- يعتبر المدين مخلاً بالإلتزام بإعطاء فى حالة عدم قيامه بإجراءات نقل الملكية (أو الحق العينى) سواء من خلال إتمام التسجيل (حال ورود العقد على عقار) أو الإفراز إن كان الشئ موضوع التعاقد معيناً بنوعه، وإن كان من الناحية العملية يندر تمسك الدائن بالفسخ فى هذه الفروض لإن بإمكانه الحصول على التنفيذ العينى بحكم المحكمة، فالحكم القضائى بثبوت البيع أو بصحته يقوم مقام العقد المصدق عليه من البائع، فإذا سجله المشترى إنتقلت اليه الملكية(٢) .وفى حالة

(1) M. Picard et A. Prud hormme, De la résolution judiciaire pour inéxecution des obligations R.T.D. Civ. 1921. 61.

(٢) ويحل حكم المحكمة هنا محل المدين فى تنفيذ إلتزامه بإتمام إجراءات التسجيل تنفيذاً للمادة ٢١٠ مدنى التى تقضى بأنه «فى الإلتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الإلتزام.

نقض ١٩٦٧/٦/٥ المجموعة س ١٨ ص٢٨١ رقم ٤٢ ،

نقض ١٩٦٩/٦/٥ المجموعة س٢٠ ص٨٨٦ رقم ١٤٥ .

إمتناع المدين عن الإفراز يأذن القاضى للدائن بشراء الشئ بنفسه ويرجع بالثمن والمصروفات على المدين.

ويبدو الإلتجاء الى الشرط الصريح الفاسخ ويتردد وقوعه فى العمل، فى حالة كون محل الإلتزام بإعطاء نقوداً، حيث يؤدى مجرد التخلف عن سداد الثمن الى إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إعمالاً للشرط الفاسخ المتفق عليه.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه «لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإعتبار العقد مفسوخاً لتخلف الطاعن عن سداد اقساط الثمن فى الميعاد المتفق عليه وتحقق الشرط الفاسخ المنصوص عليه صراحة بالبند الثانى من العقد تبعاً لذلك فإن الإجراء الذى إتبعه الطاعن لعرض باقى الثمن عند نظر الدعوى أمام محكمة الإستئناف وبعد تحقق الفسخ يكون عديم الأثر ولا على المحكمة إن هى لم تعرض لهذا الإجراء أو ترد عليه»[(١)]

٢- وعدم تنفيذ المدين لإلتزامه بعمل يتوقف على نوع هذا الإلتزام، وهل هو إلتزام بتحقيق نتيجة، أم الإلتزام ببذل عناية فقط، فإذا كان إلتزاماً بغاية، فهو لايعدو أن يكون إلتزاماً بتسليم شئ أو إلتزاماً بإنجاز عمل معين.

---

(١) نقض ١٩٨٣/٥/٣١ - الطعن ١٩١٢ لسنة ٤٩ ق (السابق).
نقض ١٩٨٦/١/٩ - الطعن ١٥٠٢ لسنة ٦٢ ق (مجلسة القضاة س ٢١ عدد أول ص٨٣).
نقض ١٩٨١/٥/٢٦ - الطعن ٣٨٣ لسنة ٥٢ ق (نفس الموضع).

طبقاً للمادة ٢٠٦ من القانون المدنى: «الإلتزام بنقل حق عينى يتضمن الإلتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم»، أى أنه يتفرع على الإلتزام بنقل حق عينى متى عين الشئ المعقود عليه إلتزام تبعى بالقيام بعمل يتمثل فى وجوب تسليم هذا الشئ»[١] ، والمقصود بالتسليم هو نقل وضع اليد على الشئ الى المشترى[٢]، ولما كان حق الملكية لا يأخذ مظهره الواقعى إلا بالتسليم، فإن عدم تنفيذه يمكن أن يترتب عليه فسخ البيع[٣] إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح.

ويقع الفسخ أيضاً في حالة إخلال المدين بإلتزامه بالضمان فى عقد البيع، حيث يلتزم البائع بعمل هو ضمان خلو المبيع من العلاقات القانونية التى تؤدى الى حرمان المشترى كلياً أو جزئياً من الإنتفاع بالعين المبيعة، وهو ما يطلق عليه ضمان عدم التعرض[٤]، هذا بالإضافة الى ضمان الخلو من العيوب الخفية[٥]

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٥٢٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع المبيع تحت تصرف المشترى الأمر الذى يتحقق به التسليم طبقاً لنص المادة ٤٣٥ من القانون المدنى يشترط فيه أن يكون بحيث يتمكن المشترى من حيازة المبيع والإنتفاع به (نقض ١٩٥٩/٦/٢٥ المجموعة س ١٠ ص ٤٩٩ رقم ٧٦).

(٣) عبد الحى حجازى، نفس المقال، ص١٩٩ .

(٤) فطبقاً للمادة ٤٣٩ مدنى: يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبى يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الاجنبى قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه، المواد ٤٤٠، ٤٤٦).

(٥) ونفس الحكم عند تخلف الصفات التى يكفل البائع وجودها بالمبيع أو عند ظهور خلل فى المبيع الذى يمن البائع صلاحيته لمدة معينة م ٤٤٧، ٤٤٥. أنظر مؤلفنا فى ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة الاسكندرية ١٩٩٠.

وكقاعدة عامة يتحقق الإخلال بالإلتزام بنتيجة بعدم تحقق النتيجة ولو بذل الملتزم كل جهده، فعدم بناء المقاول للمبنى المتفق عليه يعد إخلالاً بإلتزامه.[١]

أما إن كان موضوع الإلتزام هو بذل جهد معين فإن عدم التنفيذ يتمثل فى عدم بذل الجهد بالمقدار المتفق عليه أو الذى يستلزمه القانون، فإذا بذل المتعاقد الجهد المعقول، فإنه يكون قد نفذ التزامه ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة، مثال ذلك إلتزام الطبيب بمعالجة المريض.[٢]

وتبدو أهمية اعمال الشرط الصريح الفاسخ فى الحالات التى تكون لشخصية المدين فى الإلتزام بعمل أهمية خاصة عند الدائن وذلك طبقاً لطبيعة الإلتزام أو إتفاق المتعاقدين، كتعهد فنان بإحياء حفلة أو رسم لوحة فنية، فهنا يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين[٣]) (م٢٠٨ مدنى).

٣- ويتحقق الإخلال بالإلتزام بالإمتناع عن عمل فى حالة قيام المدين بالعمل المطلوب عدم القيام به، كإلتزام العامل بعدم العمل لدى جهة معينة، وإلتزام التاجر بعدم منافسة تاجر آخر فى منطقة معينة،

---

(١) أنظر مؤلفنا فى المسئولية المعمارية، الاسكندرية ١٩٩٩.

(٢) وتقرر محكمة النقض بإن إلتزام الطبيب، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليس إلتزاماً بتحقيق نتيجة هى شفاء المريض، وإنما هو إلتزام ببذل عناية الا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق فى غير الظروف الإستثنائية مع الاصول المستقرة فى علم الطب. (نقض ١٩٧١/١٢/٢١ المجموعة س٢٢ ص١٠٦٢ رقم ١٧٩).

إنظر تفصيل ذلك مؤلفنا فى المسئولية الطبية - الإسكندرية ٢٠٠٠ .

(٣) إذ تجيز المادة ٢٠٩ إمكان التنفيذ على نفقة المدين إذا لم يقم بتنفيذ إلتزامه بعمل.

والتزام مالك الأرض بعدم البناء على جزء منها أو عدم الإرتفاع بالبناء الى قدر معين. هنا يقع الفسخ تلقائياً بمجرد الإخلال بالإلتزام إعمالاً للشرط الفاسخ المتفق عليه.

المبحث الثالث

الشرط الفاسخ وعدم التنفيذ الجزئى للإلتزام

(أ) الأصل هو سلطة القاضى التقديرية فى الفسخ :

يستقر قضاء النقض فى إعماله لحكم المادة ١٥٧ مدنى [١] على أن يكون لمحكمة الموضوع سلطة رفض طلب الفسخ إذا رأت أن ما لم يتم تنفيذه قليل الأهمية بالنسبة الى الإلتزام فى جملته[٢]. «وإذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح، وكان الفسخ مقاماً على الشرط الفاسخ الضمنى، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب فى حالة الإخلال الجزئى إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل فى قصد المتعاقدين فسخ العقد. وسلطة المحكمة فى إستخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها[٣] أى أن للقاضى سلطة تقديرية فى إعمال الفسخ حيث يقدر ما إذا

(١) المتعلقة بالفسخ القضائى إعمالاً للشرط الفاسخ الضمنى المشار إليه آنفاً ص ٢٠ .

(٢) نقض ١٩٨٧/٦/٩ طعن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٤ ق (مجلة القضاة السابقة ص ٨٣).

(٣) نقض ١٩٤٧/١٢/٤ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨ .

وتطبيقاً لذلك قضت بأنه «... لما كان الحكم المطعون فيه قد ذهب الى أن ما ورد بالبند الثامن من عقد النزاع هو شرط فاسخ ضمنى يخضع لتقدير المحكمة ويحق لها معه منح المشترى مهلة لسداد الثمن فى غضونها بعد أن قدرت أن سبب التأخير فى سداد القسط الباقى من الثمن يرجع الى الظروف المرضية التى آلت بوالد القصر والتى إنتهت بوفاته وان المطعون ضدها =

كان الجزء غير المنفذ يبرر الحكم بالفسخ[١] أم يكفى إعطاء مهلة للمدين لتنفيذه، فإذا كان الجزء الباقى دون تنفيذ على درجة كبيرة من الأهمية حيث يمثل الجزء الأساسى من الإلتزام، حكم القاضى بالفسخ الكلى أو الجزئى اذا كان التزام المدين يقبل التجزئة من عدمه.[٢]

(ب)هل يتمتع القاضى بنفس السلطة التقديرية عند إتفاق الأطراف على الشرط الفاسخ الصريح؟

يستقر قضاء النقض على أن «الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار يؤدى الى سلب القاضى سلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ، وحسبه أن يتحقق من توافرشروطه، وتقف مهمة القاضى فى هذه الحالة عند حدود التحقق من عدم الوفاء بالإلتزامات ليقرر إعتبار

= الاولى قد عرضت على الطاعنين باقى الثمن ثم قامت بإيداعه خزينة المحكمة ليصرف لهما دون قيد أو شرط فى غضون المدة التى حددها الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٨/٥/٢٧ وهو ما خلصت منه الى إنتفاء موجب الفسخ فإن حكمها بذلك يكون قد صادف صحيح القانون ويكون النعى عليه بهذه الأسباب على غير أساس».

(نقض ١٩٨٤/٣/٢٧ طعن ١٨٠٦ لسنة ٥٠ ق)

(1) Civ. 1,7 fev. 1956, Gaz. Pal. 1956.1.250.
Paris, 1 déc. 1956, D. 1957, Somm. 62.
Com. 24 avr 1972 Bull. Civ. 1 vr, n117-civ 3,22 Mars 1983, Bull. Civ.111 n. 84.

(٢) السنهورى جـ١ ص٩٦١، شأن العقود التى تنطوى على أداءات مستقلة أو متتابعة كعقد التوريد.

Civ. 1.3 Nov. 1983, Bull. Civ. 1,n. 227-13 Jan. 1987, J.C.P. 1987, 11.20860, obs. G.Goubeux.

الفسخ حاصلاً فعلاً».(١)

يسرى قضاء النقض على إطلاقه عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناجمة عن العقد، أى عدم الوفاء الكلى بالإلتزامات، وكذلك الحكم عند عدم التنفيذ الجزئى عند إتفاق الأطراف صراحة على ذلك، أى النص صراحة فى العقد على شمول الشرط الفاسخ الصريح لحالات عدم الوفاء ببعض الإلتزامات أو بجزء منها.(٢)

ولعل التطبيق الاكثر تردداً فى العمل هو ذلك المتمثل فى تخلف المشترى عن الوفاء بجزء أو بقسط من أقساط الثمن، حيث يجرى قضاء النقض على أن «الإتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن سداد أى قسط من أقساط باقى الثمن في ميعاده من شأنه، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ متى تحقق من حصول المخالفة الموجبة له».(٣)

---

(١) نقض ١٩٨١/٥/٢٦ طعن ٣٨٣ سنة (مجلة القضاء السابقة ص١٣٩).

نقض ١٩٨٣/٥/٣١ طعن ١٩١٢ سنة ٤٩ ق (السابق).

وتقرر أيضاً أن «الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ولا يبقى فى إعتبار الفسخ حاصلا فعلاً إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها» نقض ١٩٤٥/١/١٨ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً ج ٢ رقم ١٣٠ ص٨٥٣ .

(٢) يفهم هذا بطريق المفهوم العكسى من حكم النقض السابق: ١٩٤٧/١٢/٤ .

(٣) نقض ١٩٨٧/٦/٩ طعن رقم ٤٥٨ س٥٤ ق (مجلة القضاة السابقة ص ٨٣).

نقض ١٩٨٦/١٢/٢ طعن رقم ٥٣ س ٥١ (نفس الموضع).

نقض ١٩٩٩/٥/٢٣ الطعن ٤٧٩١ س٦٧ق.

والقياس على هذا القضاء أمر لا شك فيه طالما كنا بصدد إتفاق صريح على الفسخ فى حالة عدم تنفيذ إلتزام معين أو جزء منه أيا كانت أهمية الإلتزام أو الجزء منه، فلا يجوز للقاضى أن يقدرأهمية عدم التنفيذ بالنسبة الى العقد، ذلك أن أطراف العقد يجوز لهم الإتفاق صراحة على حصول الفسخ بسبب عدم التنفيذ، ولو كان قليل الأهمية. إن إتفاق المتعاقدين على فسخ العقد عند عدم تنفيذ إلتزام معين بطريق محددة ينطوى على تعبير ضمنى عن أهمية هذا التنفيذ بالنسبة للدائن فى نطاق العقد، تؤدى هذه الأهمية المقدرة سلفاً الى سلب القاضى كل سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ، ويقتصر دوره على التأكد من وقوع عدم التنفيذ، فإن تحقق من ذلك أعلن فى حكم مقرر وقوع الفسخ.(١)

(جـ)ولكن هل يتمتع القاضى بقدر من السلطة التقديرية عند النص فى العقد بصفة عامة على الشرط الفاسخ الصريح عند تخلف أى من الإلتزامات التعاقدية؟

نرى أن إتفاق الأطراف الصريح على وقوع الفسخ عند الإخلال الكامل أو الجزئى بكافة الإلتزامات التى يرتبها العقد ولو كانت يسيرة(٢) يعد تعبيراً وضحاً عن إرادة المتعاقدين فى سلب القاضى كل سلطة تقديرية فى هذا الصدد، ولا تملك المحكمة سوى أعمال هذه الإرادة.(٣)

---

(١) عبد الحى حجازى، نفس المقال ص٧٦ .

(٢) قارن نفس المقال ص٧٨ .

(٣) ويقضى القضاء الفرنسى بالفسخ بمجرد الإخلال بالإلتزام دون أن يشترط وجود الضرر بسبب ذلك =Civ. 3, 5 fév. 1971, J.C.P. 1971. Iv,65.

ويختلف الامر اذا ورد الإتفاق على الفسخ فى صيغة عامة لمواجهة الإخلال بالإلتزامات التعاقدية دون تحديد.

إن الصياغة العامة[1] للشرط الفاسخ الصريح وإن كانت تسلب القاضى سلطته التقديرية فى تقرير الفسخ، إلا أنه يتمتع بقدر من هذه السلطة فى تقدير مضمون الإخلال بالإلتزام مناط تحقق الفسخ بحثاً عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

فإذا كان الإخلال بالإلتزامات التعاقدية هو مناط الفسخ، الا أنه يبقى البحث عن تحديد المقصود بهذه الإلتزامات، ومفهوم الإخلال بها، هل إتجهت نية الأطراف الى اعمال الفسخ فى حالة مخالفة كافة الإلتزامات الناجمة عن العقد: رئيسية، أم تبعية، أم ثانوية؟ وهل يقع الفسخ أيا كان قدر الإخلال بالإلتزام، جسيماً كان أو يسيراً؟[2].

= ويحقق لكل متعاقد طلب فسخ العقد بمجرد إخلال الطرف الآخر بإلتزاماته ولو لم تتحقق له مصلحة إقتصادية من الفسخ (نقض ١٩٨٧/٦/١٤ طعن ١٤٥٥ س٥٣ق، الشواربى ص ١٧٧).

(١) نقصد بذلك الشرط الوارد فى عبارة عامة لتغطية الإخلال بالإلتزامات التعاقدية دون تحديد لها، الا أن صيغته صريحة ودالة بذاتها على وجوب الفسخ حتما عند تحققه (طعن رقم ٢٤٢ س٥٠ ق ١٩٨٣/١٢/٨ البناوى ص٨٧٨)، وليس مجرد النص العام على الفسخ فى العقد ترديداً للشرط الفاسخ الضمني، انظر ما سبق ص ٢٠ .

(2) R. Cassin, Réflexions sur la résolution judicaire des contrats pou inexcution, R.T.D.C., 1954, 159. Civ, 1,16 Juill. 1974, Rep. Defrenais 1975. 456 obs. Aubert T,g.I Paris17 Oct. 1973, Gaz. Pal. 1974.1.170.

لا شك أن الأمر يختلف حسب طبيعة العلاقة والظروف المحيطة بكل عقد على حده، والصياغة التى عبر بها المتعاقدان عن إرادتهم فى اعمال الشرط الفاسخ، وتعبير محكمة النقض عن ذلك بقولها: لئن كان الإتفاق على الشرط الفاسخ الصريح من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ، الا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الإتفاقى ووجوب اعماله، ذلك أن للقاضى التثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله.[(١)]

---

(١) نقض ١٩٨٤/١١/٧ طعن رقم ٥٦٩ س٤٩ ق (الديناصورى ص ٨٧٩).

وقد قضت محكمة مصر الكلية بأنه ينبغى فى حالة الفسخ القضائى التفرقة بين ما إذا كان إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية مرده الإمتناع عن الوفاء بالتزام اصلى أو بالإمتناع عن الوفاء بالتزام تبعى. ويقصد بالإلتزام الاصلى ذلك الإلتزام الذى يحدد طبيعة العقد ويكون من مستلزماته التى لا غنى لتكوين العقد عن وجودها، والصفة الجوهرية لهذه الإلتزامات الأصلية انها تكون- بعضها بالنسبة الى بعض- التقابل القانونى بمعنى انها تكون سبباً لما يقابلها من إلتزام. أما الإلتزامات التبعية فهى كل التزام غير أصلى، والعنصر الأساسى الذى تمتاز به هو أنها ترمى الى تحقيق الغرض العملى الذى يقصده المتعاقدان أو تتطلبه طبيعة العقد، بمعنى أن هذه الإلتزامات ترمى الى أن توفر للعقد جميع آثاره النافعة وتجعله ملائماً للظروف، ومن المسلم به أن عدم تنفيذ الإلتزامات التبعية لا يؤدى الى فسخ العقد (محكمة القاهرة الإبتدائية ١٩٥٤/٦/٢٦، المحاماة ٣٥ رقم ٣٨ ص١٥٣).

وتختلف مع الحكم المذكور فى أنه يدخل فى سلطة المحكمة الحكم بالفسخ اذا وقع إخلال بالتزام تبعى طالما كان من شأن هذا الإخلال تفويت مصلحة الدائن من الإلتزام الرئيسى ويرى أستاذنا السنهورى فى تعليقه على الحكم- إن المحكمة كانت فى غنى عن التمييز بين إلتزام أصلى والتزام تبعى عالها من حق التقدير فى الإستجابة لطلب الفسخ، فإن قررت الا تستجيب لهذا الطلب رفضت الفسخ، سواء كان الإخلال واقعاً على إلتزام تبعى أو إلتزام أصلى (الوسيط ج١ ص٩٦١ هامش١).

ليس معنى ذلك تمتع القاضي بنفس السلطة التقديرية التى تكون له عند خلو العقد من الإتفاق على الشرط الفاسخ الصريح، ففى هذه الحالة يحكم القاضى بالفسخ عند إخلال المدين بإلتزام رئيسى أو بإلتزام تبعى يترتب على عدم تنفيذه فوات مصلحة الدائن من الإلتزام الرئيسى، ففى عقد البيع يمثل نقل الملكية فى مقابل الثمن الإلتزام الرئيسى فى العقد، ويعتبر كل من الإلتزام بالتسليم والإلتزام بالضمان (عدم التعرض، العيوب الخفية) من الإلتزامات التبعية التي يؤدي الإخلال بها الى الحكم بالفسخ لأن تخلفها يفوت على المشترى الفائدة من نقل الملكية، وكذلك الحال بالنسبة لتخلف البائع عن تسليم ملحقات أو توابع الشئ المبيع إذا كانت تمثل قيمة كبيرة بالقياس الى قيمة الشئ الأصلى.[١]

أما فى حالة تضمن العقد للشرط الفاسخ الصريح كجزاء للإخلال بالإلتزامات التعاقدية بصفة عامة، فإن الفسخ يقع فى حالة إخلال أى من المتعاقدين بكافة الإلتزامات المتولدة عن العقد، سواء كانت رئيسية أم تبعية، فالإلتزام التبعى- طالما كان داخلاً فى دائرة التعاقد- لا يملك القاضى سلطة إستبعاد الفسخ عند الإخلال به بمقولة عدم تفويت المصلحة التي يبتغيها الدائن من وراء الإلتزام الرئيسى، حيث أن أطراف العقد قد قدرا سلفا أهمية كافة الإلتزامات الناجمة عن العقد وقررا الفسخ كجزاء للإخلال بأى منها.

---

(١) عبد الحى حجازى ص ١٩٨.
T.G.I. Paris, 17 Oct. 1973 Gaz. Pal. 1974. 1.170.

ويقودنا نفس المنطق الى اعمال ذات الحكم عند تنفيذ الإلتزام بصورة جزئية، فالإخلال بالإلتزام، مناط اعمال الشرط الفاسخ، يتحقق سواء بعد التنفيذ الكمى (كلياً أو جزئيا)[١] أو الكيفى (التنفيذ المعيب)، كتقديم أشياء بها عيوب معينة أولا تتوافر فيها الصفات المتفق عليها، يقتصر دور القاضى فقط فى مثل هذه الحالات علي تبين أوجه الإخلال بتنفيذ الإلتزام التعاقدى ليقرر الحكم بالفسخ.

الا أن القاضى يتمتع بسلطة تقديرية فى اعمال الفسخ- حتى مع وجود الشرط الفاسخ الصريح اذا تبين له أن الفسخ يتعارض مع مبدأ وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م١٤٨)، وعدم جواز التعسف فى استعمال الحق، وذلك من خلال مراقبته للظروف الخارجية، ومدى ما ينطوى عليه التمسك بالفسخ من حسن أو سوء نية الطرفين، كل ذلك على ضوء التثبت من انطباق الشرط وشموله[٢] لحالات التخلف عن تنفيذ الإلتزام ولو كان يسيراً أو قليل الأهمية.

---

(١) وتطبيقاً لذلك اقرت محكمة النقض الحكم بالفسخ لعدم سداد الفوائد: «يكفى الحكم وهو بصدد الفصل فى طلب الفسخ أن تتحقق المحكمة من عدم سداد المشترى الفوائد المنصوص عليها فى المادة ٤٥٨ فقرة أولى مدنى، أما تحديد مقدارها والمدة التى إستحقت عنها مجاله طلب الحكم بالإلتزام بالفوائد» نقض ١٩٨٣/١/١٨ طعن ٧٩٢ س٥٢ ق.

(٢) من خلال تفسير عبارته وما تعرب عنه من تعبير عن إرادة الأطراف.

المبحث الرابع
الشرط الفاسخ والتأخير فى تنفيذ الإلتزام

(أ) مفهوم التأخير فى تنفيذ الإلتزام :

يعد التأخير فى تنفيذ الإلتزام خطا عقدى يجيز للدائن طلب الفسخ، سواء تمثل التأخير فى تنفيذ كل الإلتزام أو جزء منه.

ويختلف التأخير فى التنفيذ بوصفه عدم تنفيذ مؤقت عن عدم التنفيذ النهائى[١] الذى يتحقق اما برفض المدين القيام بالتنفيذ واما باستحالة هذا التنفيذ. أماعن التأخير فى تنفيذ الإلتزام فيتحقق فى حالة قيام المدين بالتنفيذ بعد الموعد المتفق عليه، أو إستعداده للقيام بذلك مادام التنفيذ لايزال ممكناً.[٢]

(ب) سلطة القاضى طبقا للقواعد العامة :

وطبقاً للقواعد العامة[٣] يتمتع القاضى بسلطة تقديرية فى الإستجابة

(١) وينبغى الإشارة فى هذا الصدد الى أنه لا يتصور التأخير فى تنفيذ الإلتزام السلبى سواء أكان فوري التنفيذ أم مستمراً (كالإلتزام بعدم التعلية)، فمخالفة المدين لإلتزامه السلبى لا يعتبر مجرد تأخير فى التنفيذ بل عدم تنفيذ نهائى (كلى أو جزئى)، عبد الحى حجازى ص١٩٣ .

(٢) وتقرر محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه لا ضرورة للإعذار اذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، وإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه إعتبر الأخطاء الفنية التى وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه فإن مفاد ذلك أن الإلتزام المترتب على عقد المقاولة أصبح غير ممكن تنفيذه ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد والتعويض دون سبق إعذار المدين بالتنفيذ العينى لا يكون قد خالف القانون (نقض ١٩٦٦/٤/٥ س١٧ رقم ١٠٧ ص٧٩٧).

(٣) التى تعبر عنها المادة ١٥٧ مدنى وإعمالاً للشرط الفاسخ الضمنى ما سبق ص ٢٠ .

لطلب الفسخ فى حالة الإخلال بالإلتزام العقدى، وبصفة خاصة عندما يأخذ الإخلال صورة التأخير فى التنفيذ الكلى أو الجزئى[1]. فالأصل أن التأخير فى التنفيذ يعتبر أقل جسامة من عدم التنفيذ من حيث الاضرار بمصلحة الدائن، ومن ثم قد يرى القاضى الإبقاء على العقد مع منح المدين مهلة لتنفيذ إلتزامه[2] مع إلزامه بتعويض الدائن عما لحقه من اضرار بسبب التأخير[3]. وقد يحكم القاضى بالفسخ اذا ما تبين له أن التأخير في تنفيذ

---

(١) وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: أنه من المتفق عليه فقهاً وقضاءاً أن الشرط الفاسخ الضمنى لا يقتضى بذاته الفسخ، ولابد لفسخ العقد، فى حالة التأخر فى دفع الثمن فى ميعاده، من صدور حكم قضائى بذلك. (نقض ١٩٦٢/٢/٨ س١٣ رقم ٣٠ ص ١٩٦).

Civ. 3.22 Mars 1983, Bull. Civ. n. .84.

(٢) وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: إنه إذا لم يشترط الفسخ بنص العقد فإنه يكون خاضعاً لتقدير القاضى، يحكم به أو يمنح المدين أجلاً للوفاء بالإلتزام، ولئن كان الوفاء فى غضون هذا الاجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ، فإن إنقضاء الاجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتماً الا بنص فى القانون، ولا يوجد هذا النص فى قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من التقنين المدنى.)نقض ٢٦/ ١٩٧٢/١٠ س٢٣ رقم ١٩٢ ص١٢٢٠).

وتقرر محكمة النقض بان تقدير كفاية اسباب الفسخ أو عدم كفايتها هو من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم الحكم على اسباب سائغة (نقض ١٩٧٠/٣/١٧ س٢٠ رقم ٢٠٢ ص١٢٩٦).

وقضت بأن إعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن اجلاً للوفاء به طبقاً للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدنى هو من الرخص التى اطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى منحه أو رفضه حسبما يراه من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه (نقض ١٩٦٩/١٢/٢٣ س٢٠ رقم ٢٠٢ ص١٢٩٦).

(٣) وبالرغم من رفض دعوى الفسخ بعد تنفيذ الإلتزام يتحمل المدعى عليه (المدين) كل مصاريف التقاضى: «... وإذا كان المشترى لم يعرض على البائع باقى الثمن الا عند رفعه الإستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ، فمن الخطأ أن تحمل محكمة الإستئناف البائع كل مصروفات =

الإلتـزام[1] يصبح غير ذى منفعة بالنسبة للدائن أو يشكل مساساً جسيماً بمصلحته.[2]

(جـ) سلطة القاضى عند وجود الشرط :

ويفقد القاضى السلطة التقديرية فى الإستجابة لطلب الفسخ عند اتفاق الاطراف مقدما على الفسخ كجزاء لاخلال المدين بالتزامه، أياً كانت صورة الإخلال، بما فى ذلك التأخير فى التنفيذ الكلى أو الجزئى.

= الدرجتين فى حكمها برفض دعوى الفسخ، اذ هو كان محقاً فى طلب الفسخ حى إنتفاء المشترى بهذا العرض، فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا بمصروفات الإستئناف الى وقت حصول العرض (نقض ١٩٤٦/١/١٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص٥٨)-نقض ١٩٦٢/١١/٨ س١٣ رقم ١٥١ ص٩٩٢).

(١) خاصة اذا كان ذلك ناجماً عن خطأ المدين أو عنته.

وتقرر محكمة النقض ذلك بقولها: يتعين لإجابة طلب الفسخ الضمنى أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه الى ما قبل صدور الحكم النهائى، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه الى ما قبل صدوره، ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سئ النية اذ محل ذلك لا يكون الا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الإلتزام (نقض ١٩٧٠/٣/١٢ س٢١ رقم ٦٩ ص٤٢٥).

(٢) وتطبيقاً لذلك تقرر محكمة النقض: «الفسخ المبنى على الشرط الفاسخ الضمنى طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يخول المدين الحق فى أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين الى ما قبل صدور الحكم النهائى، ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن، فلا عبرة بمقدار ما لم يوفيه المدين من إلتزام عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة، بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائى».

(نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ طعن رقم ٢٢-٢ س٤٤ق).

(نقض ١٩٧٠/٥/٢٦ س٢١ رقم ١٤٥ ص٨-٩).

تعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: الإتفاق على أن عقد البيع يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشترى عن ميعاد أى قسط من أقساط باقى الثمن في ميعاده من شأنه- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له[1]، أى أن العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملاً بنص المادة ١٥٨ ولا يلزم أن يصدر حكم بذلك.[2]

وتستقر محكمة النقض على هذا القضاء منذ أمد بعيد: «... أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) موجباً للفسخ حتماً، ولا يملك معه القاضى امهال المشترى المتخلف عن أداء الثمن، ولا يستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه[3] متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى الى الوفاء، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة الى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة فى الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة الى تنبيه ولا انذار».[4]

---

(١) نقض ١٩٨٤/٥/٩، الطعنان رقما ١٨١٠ س٥٠ق، ٣٩٣ س٥٢ق .

(٢) نقض ١٩٨٤/٣/٢٠ طعن رقم ١٦٣٩ س٥٠ ق .

(٣) «... لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاء بإعتبار العقد مفسوخاً لتخلف الطاعن عن سداد اقساط الثمن فى الميعاد المتفق عليه وتحقق الشرط الفاسخ المنصوص عليه صراحة بالبند الثانى من العقد تبعاً لذلك فإن الإجراء الذى اتبعه الطاعن لعرض باقى الثمن عند نظر الدعوي أمام محكمة الإستئناف وبعد تحقق الفسخ يكون عديم الاثر ولا علي المحكمة ان هى لم تعرض لهذا الإجراء أو ترد عليه (نقض ١٩٨٣/٥/٣١، الطعن ١٩١٢ لسنة ٤٩، السابق).

(٤) نقض ١٩٤٦/٥/٢ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص١٥٥ .

يتفق القضاء السابق مع قصد المتعاقدين من وراء الإتفاق السابق على الفسخ حال الإخلال بالإلتزام سواء تمثل الإخلال فى عدم التنفيذ أو التأخير فيه، أو يرمى الإطراف الى إستبعاد تطبيق المادة بـ١٥٧ التى تخول القاضى سلطة تقدير أهمية نوع الإخلال بالإلتزام ومدى تبريره للفسخ الكلى أو الجزئى، مع إمكانية منح المدين مهلة لإتمام التنفيذ.

يواكب قضاء النقض مضمون المادة ١٥٨ التى تخول الإتفاق مقدماً على تحلل الدائن من العلاقة التعاقدية بعد ثبوت عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته أو تأخره فى ذلك، وتنازل المدين عن حقه الإحتمالى فى الحصول على المهلة السابقةالمقررة فى حالة الفسخ القضائى.(١)

---

(١) عبد الحى حجازى ص ٨٦ .

ويرى الكاتب التفرقة بين الاجل الجوهرى والاجل غير الجوهرى، حيث يجوز للطرفين الاتفاق على امكان الفسخ بإرادة الدائن عند عدم إحترام المدين للأجل غيرالجوهرى، الا أنه يجوز للمدين قبل أن يتمسك الدائن بالفسخ أن يقوم بالتنفيذ المتأخر دون أن يستطيع الدائن رفض هذا الاداء، أما فى حالة الاجل الجوهرى فيستحيل على المدين القيام بالتنفيذ المتأخر بدون موافقة الدائن. نفس المرجع ص٢٢٤ .

ولا نرى الاخذ بالتفرقة المذكورة لصعوبتها، ولعلها تجد مجالاً فى حالة خلو العقد من الشرط الصريح الفاسخ، أما إذا وجد هذا الشرط فإن المرجع فى ذلك هو إتفاق الأطراف ويفقد القاضى سلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ ويقتصر دوره على التحقق من عدم التنفيذ الذى يرتب للدائن الخيار الدائم بين طلب التنفيذ أو الفسخ، وليس للمدين توقى الفسخ الا بموافقة الدائن، نقض ١٩٨٤/٣/٢٠ طعن ١٦٣٩س٥٠ ق (البتاوى ص٨٧٩).

الباب الثانى

موانع أعمال الشرط الصريح الفاسخ

الاصل أن الشرط الصريح الفاسخ يقتضى الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام طالما كانت صيغته صريحة ودالة بذاتها على وجوب الفسخ حتما عند تحققه الا أن هناك بعض الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله. تلك الظروف قد تكون ذات طبيعة ارادية، وقد تكون ذات طبيعة قانونية، أى أن موانع اعمال الشرط الصريح الفاسخ اما أن تكون ارادية وإما أن تكون قانونية ونعرض لكل منهما فى فصل مستقل.

الفصل الأول

موانع أعمال الشرط الصريح الفاسخ ذات الطبيعة الارادية

تعبر محكمة النقض عن تلك الموانع بقولها «ولئن كان الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه أو إنذار عند الإخلال بالإلتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ، إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الإتفاقى ووجوب اعماله، ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون اعماله، فإن تبين له أن الدائن قد اسقط خياره فى طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لإلتزامه أو كان إمتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه، تجاوز عن شرط الفسخ الإتفاقى فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ مدنى[١].

يبين لنا من هذا القضاء أن الظروف الخارجية (الموانع) التى تحول دون إعمال الشرط الصريح الفاسخ تتمثل فى:

١- تنازل الدائن عن طلب الفسخ أو سقوط خياره فى ذلك.

---

(١) ١٩٨٧/٤/١ طعن ١٥١٩ س٥٢ ق مجلة القضاة السابقة ص٨٣-١٤/١١/١٩٨٢ طعن ١٩٢٠ س٥١ ق.

٢- خطأ الدائن المتسبب فى عدم التنفيذ.

٣- مشروعية إمتناع المدين عن التنفيذ (الدفع بعدم التنفيذ).

فضلنا جمع هذه الظروف تحت مسمى واحد وهو الموانع الإرادية لتعلقها بأفعال تصدر عن أطراف العلاقة التعاقدية، وتمييزاً لها عن الموانع القانونية التي يتدخل المشرع ليعطل بها- لاسباب تتعلق بالنظام العام- مفعول الشرط الصريح الفاسخ.

ونعرض للموانع الارادية فى المباحث التالية علي التوالى:

المبحث الأول

تنازل الدائن عن أعمال الشرط الصريح الفاسخ

(أ) تمسك الدائن بالفسخ :

ان اعمال الشرط الصريح الفاسخ مقرون بالتحقق من أمرين: الأول اخلال بالإلتزام، والثانى تعبير الدائن عن ارادته في التمسك بفسخ العقد.(١) فالفسخ لا يقع حتى مع وجود الشرط المذكور فى أقصى صورة الا اذا اختار الدائن ذلك، فله الخيار دائماً بين التمسك بفسخ العقد أو طلب تنفيذه.(٢)

---

(١) نقض ١٩٨٢/٦/٣ س٣٣ ص٦٥١ وقد جاء فيه «إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته ان يثبت قيامه وعدم العدول عن اعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه».

(2) Civ. 4 Jan. 1965, Gz Pal. 1965. 1.som. 11. van de Ruymbeke, et si la résolution n'était plus judiciaire, Rév. gén. d.et resp. (belge) 1978. 9850, 98676.

ولا يقع الفسخ الا من وقت إعلان الدائن عن رغبته فى ذلك، فهذا الإعلان منشئ للفسخ وليس مقرراً له، ولا يقتضى الفسخ رفع الدائن دعوى لطلبه أو صدور حكم به، ويكفى أن يتمسك به الدائن فى مواجهة المدين، وللمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع الدائن بالفسخ أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المدين(١).

ولا يسمح للمدين التمسك بالفسخ حتى لايستفيد من خطئه(٢) الا أنه من المتصور أن يكون الشرط الصريح الفاسخ مقرراً لصالح الطرفين، هنا يحق لكل منهما بوصفه دائناً التمسك بالشرط عند اخلال الطرف الاخر بالإلتزامه(٣).

فالاصل أن للدائن حقاً فى أن يطلب الى القاضى فسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزاماته التعاقدية، وللدائن أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة متى كان العقد مشتملاً على ذلك الحق من خلال الشرط الصريح الفاسخ، فله أن يتمسك بالفسخ أو يتنازل عن طلبه صراحة أو ضمناً، ويمكن أن يثور الشك حول هذا التنازل فى حالتين: قبول الوفاء المتأخر وطلب التنفيذ العينى.

(ب) تنازل الدائن عن طلب الفسخ :

الفسخ حق للدائن فى حالة اخلال المدين بالتزاماته المتولدة عن العقد، إلا

---

(١) نقض ١٩٨٢/٥/٢٣ س٣٣ ص٥٦٦ .

(2) Civ. 29 Juin 1954 Bull civ.1954, 11.n.235.

(3) T.c. seine, 13 dec. 1940, Gaz.Pal. 1941. 250.

أنه وفقاً للقواعد العامة يسقط حقه فى طلب الفسخ إذا تنازل عنه صراحة أو ضمناً(١)، ومن ثم يكون للقاضى، إن تبين أن الدائن قد تنازل عن حقه فى التمسك بالشرط الصريح الفاسخ، أن يرفض اعمال المادة ١٥٨ ويعمل بدلاً منها المادة ١٥٧ الخاصة بالفسخ القضائى.(٢)

وطبقاً للقواعد العامة يجوز للدائن التنازل عن الحق فى الفسخ بعد تحقق سببه أى بعد إخلال المدين بتنفيذ إلتزامه، أما قبل تحقق السبب وإن كان البعض يرى عدم جواز النزول مسبقاً عن الحق فى الفسخ، إلا أن الرأى الراجح يرى جواز ذلك لعدم تعلق الأمر بالنظام العام، ومن ثم يقتصر حق الدائن على طلب التنفيذ العينى فقط، وعلى هذا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على استبعاد الفسخ فى جميع حالات عدم بالتنفيذ أو بالنسبة الى بعض الحالات دون الاخرى، كما يجوز لهما الإتفاق على أن ينزل أحدهما أو كلاهما سلفاً عن الحق فى طلب الفسخ.(٣)

أما فى حالة قيام الشرط الصريح الفاسخ فإن ذلك يعنى التمسك بالحق فى الفسخ بل وتقويته، ولا يثور سوى حق التنازل عن الفسخ اللاحق لعدم تنفيذ المدين لإلتزامه، وهذا أمر جائز بالإجماع.(٤)

---

(١) نقض ١٩٧٥/٥/٢٥ س٢٦ ص١٠٧٢ .

(٢) ويستقل قاضى الموضوع بإستخلاص ذلك، نقض ١٩٨٧/٤/١ طعن ١٥١٩ س٥٢ق (مجلة القضاة السابقة ص٨٣)- الطعن ٣٠٧٤ س٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/٩/٢٧).

(٣) عبد الحى حجازى ص. ٤٧١

(٤) السنهورى جـ١ ص٩٦٧ . (نقض ١٩٨٥/٤/١٠ طعن ١٢٠٨ س٥١ .

«...للبائع حق طلب الفسخ أو يتنازل- مع قيام السبب الموجب لطلب الفسخ- عنه صراحة أو ضمناً بإتخاذ إجراء أو مباشرة تصرف يقطع بتمسكه بتنفيذ العقد رغم إخلال المتعاقد الاخر بإلتزاماته».

(حـــ) سلطة قاضى الموضوع فى إستخلاص النزول عن الفسخ:

يمكن أن يعبر الدائن عن ارادته فى النزول عن طلب الفسخ صراحة أو ضمناً[١]. وطبقاً للقواعد العامة[٢] يكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون بإتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

يستطيع الدائن النزول صراحة عن الحق فى الفسخ سواء فى العقد أو فى تصرف لاحق أو حتى شفاهة، والنزول لا يُفترض ولا يجوز التوسع في تفسيره، ويتعين على القاضى أن يكون متشدداً فى إستنتاج النزول الضمنى، فيجب الا يكون فى الواقعة التى يراد إستنتاج النزول منها أى شك فى هذا الصدد، وأن يكون من المؤكد أن نية من صدرت منه هذه الواقعة تأخذ المعنى الذى يراد إعطاؤه لها.[٣]

---

(١) نقض ١٧/١٠/١٩٨٥ طعن ٤٠٥ س٥٤ق (مجلة القضاة السابقة ص٨٣).

والجدير بالذكر أن النزول عن الفسخ يعتبر من أعمال التصرف ويلزم فيمن يقوم به الاهلية اللازمة لذلك. السنهورى جـ١ ص٩٦٥ .

Civ. 29 nov. 1972, J.C.P. 1973. 15.

وقد جاء فيه أن سلطة النزول عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ الواقع أثر تأخر المدين فى سداد الدين، يعتبر من أعمال تصرف، ومن ثم لا يجوز القيام به من قبل الوكيل المخول فى قبض أقساط البيع.

(٢) المادة ٩٠ مدنى.

(٣) عبد الحى حجازى ص ٤٨٢ .

وتستقر محكمة النقض فى هذا الصدد على أن إستخلاص تنازل المتعاقد عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ الوارد بالعقد يعد من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع، والمجادلة في ذلك لا تعدو أن تكون جدلاً موضوعياً مما يستقل به قاضى الموضوع.(١)

ويفهم من قضاء النقض أن النزول الضمنى عن طلب الفسخ يمكن إستنتاجه من سكوت الدائن عن التمسك به، وتقرر بأنه «لا يؤدى تحقق الشرط الصريح الفاسخ الى إنفساخ العقد مادام لم يتمسك باعماله صاحب المصلحة فيه(٢)، فالفسخ لا يقع تلقائياً أو بحكم المحكمة الا إذا تمسك به الدائن بالإلتزام الذى تم الإخلال به(٣)، والسكوت عن ذلك يمكن تفسيره

(١) نقض ١٩٧١/١٢/١٦ س٢٢ ص ١٠٣٤ .

وتعبر عن ذلك محكمة النقض بقولها: اذا كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه- برفض دعوى البائع بطلب الفسخ- انه قد إستخلص لأسباب سائغة أن الطاعن تنازل ضمناً عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقى الثمن نفذ به على العين المبيعة بعد أن نفذ على الزراعة القائمة بها فإن مجادلة الطاعن فى ذلك لا تعدو أن تكون جدلاً موضوعياً مما يستقل به قاضى الموضوع. (نقض ١٩٧٥/٥/٢٥ السابق).

(٢) نقض ١٩٨٣/٥/٣١ طعن ١٢٥٧ س٤٩ ق ، نقض ١٩٨٥/١٠/١٧ طعن ٤٠٥ س٥٤ ق (السابق).

(٣) نقض ١٩٨٢/١١/٣٠ طعن ٦٨٦ س٤٩ق : «من المقرر أن الشرط بعد أن يطالب به الدائن ويتمسك بإعماله بإعتبار أن الفسخ قد شرع فى هذه الحالة لمصلحته وحده فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها».

«والقانون لا يلزم الدائن الذى يتمسك بالشرط الصريح الفاسخ دون إعذار بأن يبدى رغبته فى ذلك بشكل معين ومن ثم فإن لمحكمة الموضوع أن تستخلص ذلك من أى واقعة تفيده متى كان إستخلاصها له سائغاً»، (نقض ١٩٨٣/١/٢ طعن ١٢٩٩ س٥١ .

فتمسك الدائن فى مذكرته بعدم قيام العقد لعدم تنفيذ المدين لإلتزاماته الواردة به يتضمن طلباً بفسخه (نقض ١٩٨٣/٢/٣ طعن ٢٣٥ س٤٩ق .

على أنه من قبيل التنازل عن الفسخ والعدول عنه الى أمر آخر، وهذا ما يفصح عنه نفس الحكم السابق: «... ولما كان ذلك وكان الحكم قد إستخلص من عبارات البند الرابع من العقد ومن أن الطرفين قد إتفقا على جميع المسائل الجوهرية فى بيع مساحات التسعة أفدنة وثمنها وموعد سداد باقى الثمن وحق المشترين فى إقامة دعوى بصحة ونفاذ العقد بشأنها إذا عدل البائعون عن تنفيذ إلتزاماتهم فيه- أنه عقد بيع بات هو إستخلاص سائغ، وكان الطاعنون لم يقدموا ما يدل على سبق تمسكهم بإعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن ما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه بذلك يكون على غير أساس».

وقد لا يعد سكوت الدائن تنازلاً عن طلب الفسخ بل من قبيل التمهل فى إستعمال الخيار بينه وبين التنفيذ، أو التسامح مع المدين بمنحه اجلاً قصيراً للتنفيذ، وتفصح محكمة النقض عن ذلك بقولها: «... كما دلل الحكم المطعون فيه على رغبة المطعون ضدهم فى إعمال الشرط الفاسخ دون التنفيذ العينى بإقامتهم لدعوى الفسخ وإذ كان إستخلاص الحكم على النحو السالف سائغاً وتحتمله عبارات العقد ويكفى لحمل قضائه فإنه يتضمن كذلك الرد المسقط لما أثاره الطاعن فى دفاعه من عدم قيام الشرط الصريح الفاسخ ومن تنازل المطعون ضدهم عن التمسك به لتراخيهم فى رفع الدعوى ومن ثم يكون النعى على الحكم بهذين السببين على غير أساس».[١]

---

(١) نقض ١٩٨٤/٣/٢٠ طعن ١٦٣٩ لسنة ٥٠ق .

فالحكم المذكور لم يعتبر مجرد التأخير فى رفع الدعوى من قبيل التنازل عن طلب الفسخ، ونفس الحال بالنسبة لسكوت الدائن عن التمسك بالفسخ أمام الجهة القضائية. وقبول تعهد المدين بعدم التأخير فى سداد الثمن.

وتطبيقا لذلك تقرر محكمة النقض بأن :«إستنباط الادلة من الوقائع الثابتة مما يدخل فى نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية بلا معقب عليها من محكمة النقض، متى كان إستخلاصها سائغاً، وإذا كان سكوت المطعون ضدهم عن التمسك بفسخ العقد أمام اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى لدى نظر طلب الإعتداد به وقبولهم إقرار الطاعن بتعهده بعدم التأخير فى سداد الثمن كله أو جزء منه وتمسكهم بمحتواه كلها أمور واقعية ليست لها دلالة قانونية معينة قبلهم فلا تصلح بذاتها لإثبات تنازلهم عن حقهم فى طلب فسخ العقد، وكانت محكمة الموضوع قد خلصت الى ما جاء في الحكم المطعون فيه من أنه «ليس فى الأوراق ما يفيد أن المستأنفين- المطعون ضدهم- سبق أن تنازلوا عن حقهم فى طلب الفسخ. وهو إستخلاص سائغ ومقبول، أخذت به وإطمأن اليه وجدانها، كما أنه كاف لحمل لقضائها، وفيه الرد الضمنى على كل ما أثاره الطاعن، فإن النعى على الحكم بالقصور فى التسبيب يكون فى غير محله.[1]

ويثور الشك حول تنازل الدائن عن حقه في طلب الفسخ فى حالتين- الأولي: قبول الوفاء المتأخر، والثانية: طلب التنفيذ العينى.

---

(١) نقض ١٩٧٥/٥/٢١ س٢٦ ص١٠٤٠ .

(د) قبول الدائن للوفاء المتأخر :

يستطيع المدين- فى حالة خلو العقد من الشرط الصريح الفاسخ- توقى الفسخ بالوفاء بالإلتزام قبل صدور الحكم النهائى بالفسخ[1]. أى أن الوفاء قبل الحكم يمنع من القضاء بالفسخ ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الوفاء المتأخر يسبب ضرراً للدائن على نحو لا يجدى معه القضاء له بالتعويض عن هذا التأخير.[2]

---

(١) نقض ١٩٨٤/١٠/٣١ طعن ١٨١٤ س٥٠ق ، نقض ١٩٨٤/٥/٢٩ طعن ١٣٧٩ س٥٠ق : «يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بإلتزامه حتى صدور الحكم النهائى»، نقض ١٩٨٨/٢/١٨ طعن ٣٥١ س٥٤ق : «عقد البيع الذى لا يحوى شرطاً صريحاً فاسخاً للمدين توقى الفسخ بالوفاء بإلتزامه ولو بعد إنقضاء الأجل المحدد فى العقد والى ما قبل صدور الحكم النهائى فى دعوى الفسخ بشرط ألا يكون هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن». (نقض ١٩٨٧/٦/١٧ طعن ٣٧٧ س٥٤ق (مجلة القضاة السابقة ص٨٣).

(٢) نقض ١٩٨٦/٥/٢٨ طعن ٢٠٢٢ س٥٤ ق (السابق): «...مالم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن، ولا عبرة بمقدار ما لم يوف به المدين من إلتزام عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة، بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائى».

«إذا كان الشرط الذى تضمنه العقد شرطاً فاسخاً ضمنياً فللمشترى الى أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ الحق فى توقى الفسخ بدفع الثمن (نقض ١٩٤٦/١/١٧ طعن ٣٣ س١٥ق، ١٩٤٤/٦/٨ الطعنان٣٩، ٤٤ س١٣ ق والطعن ١٧ س١٤ق ... ، نقض ١٩٥٧/٢/٢١ س٨ رقم ٢٠ ص١٩٥٨ .

«... عدم إشتمال العقد على الشرط الصريح الفاسخ من شأنه أن يكون للمشترى دفع الثمن ولو بعد إنقضاء الأجل المحدد فى العقد بل وبعد رفع الدعوى بالفسخ- ويكون هذا الوفاء مانعاً من إجابة طلب الفسخ ما لم يتبين لمحكمة الموضوع لأسباب مسوغة أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به البائع، لما كان ذلك فإن الحكم إذ لم يبين وجه الضرر المبرر لعدم إعتباره وفاء المشترى الثمن قبل الحكم مانعاً من الفسخ يكون مشوباً بقصور جوهرى يستوجب نقضه» نقض ١٩٥٤/٥/١٤ طعن ٣٧٤ س٢١ق .

ويختلف الأمر فى حالة وجود الشرط الفاسخ الصريح حيث ينفسخ به العقد بناء على طلب الدائن بمجرد اخلال المدين بالإلتزام، ولا يلزم أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بل يجوز للمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل، ومتى وقع الفسخ فإن الوفاء اللاحق ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد إنفساخه.(١)

الا أن قبول الدائن للوفاء المتأخر يعد تنازلاً عن أعمال الشرط الفاسخ الصريح(٢)، وعلى القاضى التثبت من أن الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد(٣)، وذلـــك

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى أنه «... متى وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد فإن ايداع الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد إنفساخه» نقض ١٩٤٣/٥/١٣ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاماً جـ٢ رقم ١٣١ ص٨٥٣ .

«... ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه اذ لم يعتد بقيام الطاعن اثناء نظر الدعوى بإيداع باقى الثمن لحساب المطعون ضدها، وقضى برفض الدعوي لتحقق فسخ العقد إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون، لما كان ما تقدم وكان تحقق وقوع فسخ العقد المبرم بين الطاعن والمطعون ضدها الاولى من وقت إمتناعه عن الوفاء لها بباقى الثمن فى الموعد المتفق عليه يطلق يدها فى أن تتصرف فى العين التى إشترتها وفى أن ترتب عليها ما شاءت من حقوق عينية فإنه لا يكون للطاعن شأن فى الحديث عن حق الإمتياز الذى رتبته المطعون ضدها على العين بعد أن زال إلتزامها قبل الطاعن بفسخ العقد قبل أن ترتب هذا الإلتزام (نقض ١٩٨٢/٥/٢٣ الطعن ١٤٢٣ س٤٨ق).

(٢) نقض ١٩٨٦/١٢/٢ طعن ٥٣ س٥١ ق مجلة القضاة السابقة ص ٨٣ .

وفى قضية أخرى إتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الإلتزام يتجدد، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل اثر شرط الفسخ الذى كان موجوداً فى العقد الأول، ولا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد، (إستئناف مختلط ١٩٠٢/١١/٢٠م ١٥ ص١١).

(١) نقض ١٩٨٥/١٠/١٧ طعن ٤٠٥ س٥٤ق (السابق) «... قبض البائع دون تحفظ الباقى من الثمن بعد الموعد المحدد للوفاء به قد يعتبر تنازلاً عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ، قضاء الحكم بإنفساخ العقد دون بحث أثر هذا الوفاء يعد خطأ فى تطبيق القانون. (نقض ١٩٨٦/ ١٢/٢ طعن ٥٣ س٥١ (مجلة القضاة السابقة ص٨٣).

بإستعراض الظروف والإعتبارات التي تدل على النزول عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح[1]، ويدخل تقدير ذلك النزول فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية دون رقابة عليها فى ذلك متى أقامت تقديرها على أسباب سائغة تؤدى اليه.[2]

وإذا كان الوفاء بالإلتزام مجزءاً ونص فى العقد على أن الفسخ يقع بمجرد التأخير فى سداد أى من هذه الأجزاء عن الموعد المحدد له، فإن قبول الدائن للوفاء المتأخر بأى جزء من أجزاء الإلتزام يسقط حقه فى التمسك بالفسخ عند تأخير الوفاء بالأجزاء الأخرى، ولا يكون أمامه الا المطالبة بالفسخ القضائى.

---

(١) نقض ١٩٨٤/١١/٧ طعن ٥٦٩ س٤٩ ق (البناوى ص ٨٧٩).، نقض ١٩٧٥/٤/٩ س٢٦ ص٧٨٧: «... ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من إنطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله فإن تبين له أن الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد... وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ الإتفاقى، ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدنى، وإذا كان الطاعن قد تمسك بنزول المطعون ضدهن عن الشرط الصريح الفاسخ مستنداً الى تنبيههن عليه بالإنذار بالوفاء بباقى الثمن رغم فوات ميعاد إستحقاقه، وإلا إعتبرن العقد لاغياً، ودون التمسك فى الإنذار بالشرط الفاسخ الصريح الوارد فى العقد وإلى تراخيهن فى رفع دعوي الفسخ مدة طويلة بعد الإنذار المعلن للطاعن فى ١٩٦٧/٧/١٨ وحتى ١٩٦٩/٨/٢٧ وتاريخ رفع الدعوى وكان الحكم المطعون فيه، الذى أيد الحكم الإبتدائى لأسبابه قد أعمل أثر الشرط الفاسخ الوارد فى العقد، دون أن يعرض للظروف والإعتبارات التى ساقها الطاعن على النحو المتقدم للتدليل على نزول المطعون ضدهن عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون مشوباً بالقصور».

(٢) نقض ١٩٧١/١٢/١٦ س٢٢ ص١٠٤٣ .

وتعرب عن ذلك محكمة النقض بقولها: إذا كان وقوع الفسخ مرتبطاً بالتأخر فى سداد قسط من الثمن فى الموعد المحدد له وتبين أن البائع قد أسقط حقه فى إستعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير فى سداد أقساط الثمن فى مواعيدها بقبول السداد بعد تلك المواعيد منبئاً بذلك عن تنازله عن اعمال الشرط الصريح الفاسخ فلا يكون له عند تأخير السداد فى المستقبل الا المطالبة بالفسخ القضائى.(١)

ونرى أن قضاء النقض السابق لا مجال لاعماله عند النص فى العقد صراحة على أن قبول الدائن للوفاء المتأخر بجزء من الإلتزام لا يعنى تنازله عن اعمال الفسخ عند تكرار التأخير بالنسبة للأجزاء الأخرى، وكذلك الحكم

---

(١) نقض ١٩٨٢/٦/٣ س٣٣ رقم ٨١٦ ص٦٥١، نقض ١٩٧٨/٤/١٩ س٢٩ ص١٠٢٨، وتقرر محكمة النقض- بهذه المناسبة- أنه إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع قد إشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند دفع المتأخر من الثمن، بل أن هذا الحق ثابت له بنص القانون وباق له من غير إشتراط فى العقد بخصوصه، فإن تفسيرها هذا الشرط لا يصح الطعن عليه بأنه مخالف للعقد الذى هو قانون المتعاقدين لأنه تفسير يحتمله العقد ولا غبار عليه قانوناً، ولكن كان يصح هذا الطعن لو أن العقد كان مذكوراً فيه بصفة صريحة أن البائع له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له فقط حق تقاضى المتأخر مضموناً بماله من إمتياز على العقار المبيع. (نقض ١٩٣٥/٥/٢ طعن ١٠٣ س٤ق وقضت أيضاً : «لا يعنى اشتراط البائع إعتبار العقد مفسوخاً عند التخلف عن الوفاء بالقسط الأول من الثمن فى الميعاد المحدد، حرمانه مما يخوله له القانون من الحق فى طلب الفسخ اذا ما تأخر المشترى فى الوفاء بما بعد القسط الأول وذلك ما لم ينص فى العقد صراحة على أن يكون للبائع فى هذه الحالة حق طلب الفسخ»، (نقض ١٩٨٥/٤/١٠ طعن ١٠٢٨ س٥١ ق).

اذا اعرب الدائن عن ذلك صراحة عند قبوله الوفاء بالجزء المتأخر.

يقوم قضاء النقض السابق على وحدة محل الإلتزام رغم تجزئته الى عدة اجزاء، ومن ثم يعد التنازل عن طلب الفسخ عند الإخلال بأى جزء منها بقبول الوفاء المتأخر، سنداً لإفتراض التنازل بالنسبة لبقية الاجزاء، أما إن كنا بصدد اداءات مستقلة- فى الزمان أو الطبيعة- فإن عدم تمسك الدائن بالفسخ بالنسبة لأى منها لا يعد تنازلاً من جانبه عن التمسك به بالنسبة لغيرها، وتعبر عن ذلك محكمة النقض بقولها «...إن عدم تمسك المؤجر بإعتبار العقد مفسوخاً طبقاً للشرط الصريح الفاسخ فى سنة معينة لا يمنع من التمسك به فى سنة تالية، وأن قبوله الأجرة المتأخرة عن موعد إستحقاقها مرة ليس من شأنه أن يعد تنازلاً من جانبه عن التمسك بالشرط سالف الذكر إذا ما تأخر المستأجر فى السداد بعد ذلك.(١)

فالشرط الفاسخ الصريح لا يستهلك بعدم إستعماله ولو تحققت شروط إعماله، فعدم تمسك الدائن بإعمال الشرط عند إخلال المدين بأحد إلتزاماته لا يمنعه من التمسك به عند الإخلال من جديد بنفس الإلتزام أو بإلتزام آخر، ومن ناحية أخرى فإن الشرط المذكور لا يستهلك بتطبيقه مرة أو أكثر، مثال ذلك: إقامة المؤجر دعوى للطرد على المستأجر المتأخر فى دفع الإجرة إعمالاً للشرط الفاسخ، وقيام المستأجر بدفعها قبل قفل باب المرافعة لا يمنع بعدئذ من إقامة ذات الدعوى إذا أخل المستأجر من جديد بإلتزامه.

---

(١) نقض ٣/٣/١٩٧٠ س٢١ ص٣٨٩ رقم ٦٣ .

(هـــ) طلب التنفيذ العينى :

يستقر قضاء النقض على أن للدائن الحق، عند إخلال المدين بإلتزامه، فى طلب التنفيذ العينى أو الفسخ وله أن يعدل عن أى من الطلبين الى الآخر بعد رفع الدعوى[١]، وهذا الخيار مقرر للدائن سواء تضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً أو ضمنياً[٢]، ولا ينال من اعمال الشرط الصريح الفاسخ أن يكون لصاحبه الخيار بينه وبين التنفيذ اذ يبقى له دائماً الخيار بين اعمال اثره وبين المطالبة بالتنفيذ العينى.[٣]

يستطيع الدائن المطالبة بفسخ العقد إعمالاً لحكم الشرط الصريح الفاسخ، الذى «وإن كان يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ الا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر ذلك الشرط بعد أن يطالب به الدائن ويتمسك باعماله بإعتبار أن الفسخ قد شرع فى هذه الحالة لمصلحته وحده

---

(١) نقض ١٩٥٢/١٢/٢٥ طعن ٢٤٩ س٢٠ ق : «اذا كانت المحكمة قد قررت أن للمشترى عند تأخر البائع فى التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العينى أو طلب فسخ البيع مع التضمينات فى الحالتين، كما له لو كان قد رفع دعواه بطلب التسليم أن يعدل عنه الي طلب الفسخ، وليس فى رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزولاً عن الطلب الآخر، فإن هذا الذى قررته المحكمة هو صحيح في القانون.

(2) Com. 27 oct. 1953, D. 1953, 201 note H.L.-Soc 25 Juin 1954, D. 1954. 73 -Paris 20 déc. 1968, D. 1969, som. 33-Civ.3,7 Juin 1974, Gaz Pl. 1975,1.

(٣) نقض ١٩٨٤/٣/٢٠ الطعن ١٦٣٩ س٥٠ ق.

Com 29 Juin 1954, Bull. 111, n.235.

يتضح من أحكام النقض أن الخيار مفتوح دائماً للدائن بين طلب التنفيذ أو الفسخ، سواء فى أول درجة أو لأول مرة أمام محكمة الأستئناف، عبد الحى حجازى ص١٠٧ .

فلا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها »[١].

ولا يستطيع المدين توقى الفسخ بعرض التنفيذ المتأخر، فليس من شأن هذا التنفيذ أن يعيد العقد بعد إنفساخه[٢] ، كل ذلك ما لم يتنازل الدائن- مع قيام السبب الموجب لطلب الفسخ- عن الفسخ صراحة أو ضمناً بإتخاذ إجراء أو مباشرة تصرف يقطع بتمسكه بتنفيذ العقد رغم إخلال المتعاقد الآخر بإلتزاماته[٣].

ويستطيع الدائن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه بدلاً من التمسك بالفسخ[٤]، ولا تعتبر المطالبة بالتنفيذ نزولاً من الدائن عن حقه فى المطالبة

(١) نقض ١٩٨٢/١١/٣٠ الطعن ٦٨٦ س٤٩ ق .

وتقضى نفس المحكمة بأن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدى الى إنفساخ العقد مادام من وضع هذا الشرط لمصلحته لم يطلب الفسخ (نقض ١٩٥٦/١٢/١٣ س٧ ص٩٧٥ رقم ١٣٩).

وتعبر عن ذلك محكمة مصر الكلية الوطنية بقولها: «الإتفاق فى عقد الإيجار على أن يفسخه تأخر المستأجر فى دفع الاجرة ليس تعليقاً للعقد على شرط فاسخ بكل معناه، فإن النتيجة اللازمة لهذا التعليق هى أن يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر فى سداد الأجرة بغير خيار للدائن، وقد يرغب الإستمرار فى تنفيذ العقد عيناً رغم التأخر فى السداد، وبذلك يكون فسخ العقد خاضعاً لمطل المستأجر ورغبته. إنما هو إتفاق مقصود به تحسين مركز المؤجر وتقوية ضمانة قبل المستأجر، فالفسخ هو حق له يجوز أن يتمسك به أو يتنازل عنه، وبذلك لا يقع الفسخ الا إذا إختاره بالتنبيه على المستأجر بذلك، إلا إذا إتفق على إعفائه من هذا التنبيه بنص صريح فى العقد، وهذه الفكرة هى رجوع عن قاعدة الفسخ القضائى وهى قاعدة القانون الفرنسى المعروفة، الي قاعدة التشريع الألمانى الذي يعلق فسخ العقد لا على قضاء القاضى، بل على خيار الدائن وإعلان هذا الخيار للمدين». المحاماة ١٣ ص٢١٦ .

(٢) نقض ١٩٨٢/٥/٢٣ الطعن.١٤٢٣ س٤٨ق- الطعن ٢٢٥٩ س٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٥/١١ .

(٣) نقض ١٩٨٥/٤/١٠ الطعن ١٢٠٨ س٥١ق- الطعن ٣٩٩٨ س٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤).

(٤) ولا يجوز للدائن، بداهة الجمع بين التنفيذ العينى والفسخ. =

بالفسخ، حيث يظل الخيار مفتوحاً أمامه بين الفسخ والتنفيذ المتأخر، لأن التنفيذ هو المقتضى الطبيعى للعقد أما الفسخ فهو إجراء إحتياطى لتقوية حماية حق الدائن عند عدم تنفيذ المدين لإلتزامه.(١)

وتعبر عن ذلك محكمة النقض بقولها: «اذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أي شرط من شروطه فللمؤجر إعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول المخالفة بدون إحتياج الى تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء... فهذا شرط فاسخ صريح.. وإن القول بأن نية المؤجر قد إنصرفت عن الفسخ بإقتصاره على طلب الاجرة فى دعوى سابقة هو قول مردود، لأن التنازل الضمنى عن الحق لا يثبت بطريق الإستنتاج الا من أفعال لا يشك فى أنه قصد بها التنازل عنه، وليس فى المطالبة بالاجرة ما يدل على ذلك، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالاجرة التى يترتب الفسخ على التأخر في دفعها».(٢)

= Civ. 1.6 fev 1979 Bull. civ. 1 n. 46-17 fev. 1982, Bull, civ. 1n.77.
ولا يتناقض مع ذلك المطالبة بتطبيق الشرط الصريح الفاسخ والشرط الجزائى حيث يقصد بذلك الاخير تعويض الأضرار الناجمة عن الفسخ Com.4 Juil. 1972, D. 1972. 732 note maulauire.

(١) عبد الحى حجازى ص ١٢٣ .
Les sanctions attachées a l inéxcution des abligations conrctuelles in tran-ass. H. capitant, 1964, T.x v11.
Civ.sec. com. 27 oct. 1953. D. 1954. 201.

(٢) نقض ١٨/١/١٩٤٥ مجموعة القواعد القانون ٢ ص٨٥٣ رقم ١٣٠ .
وتقرر أيضاً بأن للمشترى، لو كان قد رفع دعواه بطلب التسليم أن يعدل عنه الى طلب الفسخ، وليس فى رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزولاً عن الطلب الآخر». نقض ٢٥/١٢/١٩٥٢=

وقضت كذلك بأن طلب الأجرة التى ترتب الفسخ على التأخير فى دفعها لا يفيد التنازل عن الحكم الصادر بالإخلاء، اذ لا تعارض بين التمسك بتنفيذ هذا الحكم والمطالبة بتلك الأجرة، وليس فى المطالبة بالأجرة ما يدل على التنازل، وليس فيها كذلك- ما يدل على موافقة ضمنية من جانب المؤجر- على تجديد الايجارة بعد إنتهائها.(١)

وعلى العكس من ذلك ذهبت محكمة النقض فى حكم آخر الي أن الإنذار يمكن أن يعد من قبيل التنازل عن الشرط الصريح الفاسخ ويتعين على القاضى مناقشة الظروف التى تم فيها لمعرفة دلالته: «...واذ كان الطاعن قد تمسك بنزول المطعون ضدهن عن الشرط الصريح الفاسخ مستنداً الى تنبيههن عليه بالإنذار المعلن اليه بالوفاء بباقى الثمن رغم فوات ميعاد استحقاقه، والا اعتبر العقد لاغياً، ودون التمسك فى الإنذار بالشرط الفاسخ الصريح الوارد فى العقد، دون أن يعرض للظروف والإعتبارات التى ساقها الطاعن على النحو المتقدم للتدليل على نزول المطعون ضدهن عن

= طعن ٢٤٩ س٢٠ ق وبأنه إذا قصر المشترى فى دفع باقى الثمن المستحق عليه. يكون البائع مخيراً بين مطالبته بالقسط المستحق وفوائده وبين طلب الحكم بفسخ البيع والتعويض المتفق عليه، نقض ١٩٥١/٣/٨ طعن ٨٥ س١٩ ق.

وفى حالة الشرط الصريح الفاسخ إذا كلف البائع المشترى بالوفاء فإن هذا لا يعد تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ، وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه اليه من البائع بوفاء إلتزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفوسخاً من تلقاء نفسه يجب إعتباره تنازلاً من البائع عن خيار المفسخ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لإستعمال الشرط الفاسخ الصريح. (نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ طعن ١٠٦ س١٧ق) الشواربى ص١٤٥ .

(١) نقض ١٩٧٧/١/١١ س٢٨ - ١٩٨٦/١/٢٠ طعن ١١٦٩ س٥١ق.

التمسك بالشرط الفاسخ الصريح، وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون مشوباً بالقصور». (١)

يتضح من قضاء النقض أن المطالبة بالتنفيذ المتأخر لا تعنى التنازل عن طلب الفسخ ما لم يعرب الدائن عن ذلك «صراحة أو ضمناً بإتخاذ إجراء أو مباشرة تصرف يقطع بتمسكه بتنفيذ العقد رغم إخلال المتعاقد الاخر بالتزاماته» (٢) حيث ان «التنازل الضمنى عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج الا من افعال لا يشك فى أنه قصد بها التنازل عنه». (٣)

وتطبيقاً لذلك أيدت محكمة النقض قاضى الموضوع فى إستخلاص التنازل عن الفسخ من اعراب الدائن صراحة فى العقد عن نيته فى سلوك طريق التنفيذ العينى الجبرى عند تخلف المدين عن الوفاء بإلتزامه، ومن عدم تمسكه بإعمال الشرط الفاسخ، فهذا الشرط لا يمكن اعماله مادام لم يتمسك بذلك صاحب المصلحة فيه. (٤)

---

(١) نقض ١٩٧٥/٤/٩ س٢٦ رقم ٤٢ ص٧٨٧).

(٢) نقض ١٩٨٥/٤/١٠ الطعن ١٣٠٨ س٥١ ق .

«للقاضى عند التحقق من قيام الشرط الصريح الفاسخ مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله، فإن تبين له أن الدائن قد أسقط حقه فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريق يتعارض مع إرادة الفسخ، وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ الإتفاقى» نقض ٥٦٩ س٤٩ق جلسة ١٩٨٤/١١/٧ ، وتستقل محكمة الموضوع بإستخلاص ذلك، نقض ١٩٨٧/٤/١ طعن ١٥١٩ س٥٢ ق مجلة القضاة ص٨٣).

(٣) نقض ١٩٤٥/٤/١٨ (السابق).

(٤) نقض ١٩٨٣/٥/٣١ الطعن ١٣٥٧ لسنة ٤٩ ق : «لما كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود والمحررات بما تراه أو فى بمقصود العاقدين منها والمناط فى ذلك =

ويستقل قاضى الموضوع بتقدير ما اذا كان تمسك الدائن بالتنفيذ العينى ينطوى على تنازله الضمنى عن طلب الفسخ من عدمه.(١)

وإذا كان السكوت عن التمسك باعمال الشرط الفاسخ يعد تنازلاً عنه، إلا أن مجرد التراخى فى ذلك أو منح المدين مهلة للتنفيذ لا يجوز إعتباره نزولاً عن سلطة التمسك بالفسخ.(٢)

= بوضوح الإرادة لا وضوح اللفظ وما عناه العاقدون منها بالتعرف على حقيقة مرماهم دون الإعتداد بما أطلقوه عليها من أوصاف وماضمنوها من عبارات متى تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد، مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة تحمله، وكان تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدى الى إنفساخ العقد ما دام لم يتمسك بإعماله صاحب المصلحة فيه، لما كان ذلك وكان الحكم قد إستخلص من عبارات البند الرابع من العقد ومن أن الطرفين قد إتفقا على جميع المسائل الجوهرية فى بيع مساحة التسعة أفدنة وثمنها وموعد سداد باقى الثمن وحق المشترين فى إقامة دعوى بصحة ونفاذ العقد بشأنها إذا عدل البائعون عن تنفيذ إلتزاماتهم فيه- أنه عقد بيع بات وهو إستخلاص سائغ، وكان الطاعنون لم يقدموا ما يدل على سبق تمسكهم بإعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن ما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه بذلك يكون على غير أساس.

(١) نقض ١٩٧٥/٥/٢٥ س٢٦ ص١٠٧٢ ق: «إذا كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه- برفض دعوى البائع بطلب الفسخ- أنه قد إستخلص لأسباب سائغة أن الطاعن تنازل ضمناً عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقى الثمن نفذ به على العين المبيعة بعد أن نفذ على الزراعة القائمة بها فإن مجادلة الطاعن فى ذلك لا تعدو أن تكون جدلاً موضوعياً فيما يستقل به قاضى الموضوع».

(٢) نقض ١٩٨٤/٣/٢٠ طعن ١٦٣٩ س٥٠ ق (المشار إليه سابقاً).

المبحث الثانى
خطأ الدائن المتسبب في عدم التنفيذ

(أ) أثر خطأ الدائن :

اذا تسبب الدائن بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لإلتزامه فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً، أى أن خطأ الدائن هنا يعد مانعاً من موانع اعمال الشرط الصريح الفاسخ، والقاضى عند التحقق من قيام ذلك الشرط، يراقب الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله، فان تبين له أن الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لإلتزامه وجب عليه التجاوز عن الشرط المذكور.(١)

فالفسخ جزاء لعدم تنفيذ المدين سيئ النية لإلتزاماته، وهو في ذات الوقت وسيلة لتقوية مركز الدائن من خلال مساعدته على التحلل من رابطة عقدية غير منتجة لآثارها المرجوة بسبب تعنت المدين، ومن ثم لا يمكن إعمال الفسخ فى حالة سوء نية الدائن المتسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين حسن النية لإلتزاماته، ولا ينبغى- طبقاً للقواعد العامة- تمكين المخطئ من الإستفادة من خطئه، وذلك بإتاحة الفرصة للدائن الراغب فى التحلل من العلاقة التعاقدية، أن يعوق تنفيذ المدين لإلتزاماته ثم يتخذ ذلك زريعة للمطالبة بفسخ العقد اعمالاً للشرط الفاسخ الصريح أو الضمني.

---

(١) نقض ١٤/١١/١٩٨٢ طعن ١٩٢٠ س٥١ق .

وغنى عن الذكر أنه إذا كان عدم التنفيذ راجعاً الى سبب أجنبى، غير خطأ المدين أو خطأ الدائن، فإن العقد ينفسخ بقوة القانون، أى أن إستحالة تنفيذ الإلتزام الناجمة عن السبب الإجنبى تؤدى الى إنفساخ العقد[١]، كما هو الحال بالنسبة للتأميم والإستيلاء على الأموال موضوع التعاقد إعمالاً لقانون الإصلاح الزراعى أو للمصلحة العامة.[٢]

وإذا أدى السبب الإجنبى الى تأخير التنفيذ فإن العقد يظل قائماً ويمكن للمدين تنفيذ إلتزامه طالما أن التنفيذ المتأخر لن يفوت على الدائن الغرض من التعاقد[٣]، ولا يحكم بالفسخ حتى مع وجود الشرط الصريح الفاسخ لأن الفسخ لا يقع الا بمناسبة عدم التنفيذ التقصيرى أى المرتبط بخطأ المدين.[٤]

---

(١) دون حاجة الى حكم قضائى Com. 28 Avr. 1982, R.T.D. Civ. 1983. 340 obs. chabas.

(٢) نقض ١٣/٣/١٩٦٩ س٢٠ ص ٤٣٢ .

(٣) وإذا كان من شأن التأخير فى التنفيذ تفويت الغرض من التعاقد، فإن العقد ينفسخ بقوة القانون، قارن عبد الحى حجازى الذى يرى أن العقد يظل باقياً، إذا كانت هناك إستحالة مؤقتة فى التنفيذ، ولا يجوز فسخه من جانب الدائن (بناء على الإتفاق مقدماً على الفسخ) بل لا يكون ثمة محل لمساءلة المدين فى التأخير، نفس المرجع ص ٤٥٨ .

(٤) عبد الحى حجازى ص ٤٥٥ .

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى فى أسبابه الى أن المطعون عليهما- المشترين- كانا معذورين فى التأخير فى إعداد مشروع العقد النهائى في الميعاد المحدد لذلك، ثم قضى بفسخ عقد البيع ويرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون أن يبين ما إذا كان الطاعنان- البائعان- المقضى ضدهما بالفسخ، قد أخلا بإلتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد إخلالاً يستوجب الفسخ فإنه يكون معيباً بالقصور فى التسبيب (نقض ٢٣/٢/١٩٧٥ س٢٦ ص٤٥٧).

وقضت بأنه إذا كان البائع قد تصرف فى جزء من الأطيان المبيعة أثناء نظر دعوى الفسخ =

وإذا كان مرد عدم التنفيذ خطأ المدين فللدائن الخيار بين طلب التنفيذ العينى أو الفسخ، وفى حالة استحالة التنفيذ جاز طلب التنفيذ بطريق التعويض أو الحكم بالفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح أو الضمنى مع التعويض عن الاضرار التى لحقته بسبب تعنت المدين.

أما إذا كان عدم التنفيذ راجعاً الى خطأ الدائن، فلا يجوز له طلب الفسخ حتى لو تضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً، ويستطيع المدين تنفيذ إلتزامه عيناً طالما كان ذلك ممكناً ويقتضى تنفيذالإلتزام المقابل لإلتزامه(١).

أما إن أصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً بخطأ الدائن فإنه يحكم بالفسخ مع تعويض المدين عن الاضرار التى أصابته من جراء خطأ الدائن المتسبب فى عدم تنفيذ العقد، ويكون الحكم بالتعويض طبقاً لقواعد المسئولية المدنية.(٢)

= التى أقامها لعدم وفاء المشترى بالثمن، وتمسك المشترى فى دفع الدعوى بأن البائع لا يحق له طلب الفسخ بعد أن تصرف فى جزء من الأطيان المبيعة، وكانت المحكمة إذ قضت بالفسخ قد أقامت قضاءها على أن البائع كان معذوراً فى تصرفه، فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون إذ إعتبرت أن المتسبب فى الفسخ هو المشترى دون البائع (نقض ١٩٥٢/٣/٦ س٣ رقم ١١٠ ص٦٤٠).

(١) تلك المسئولية تكون عقدية إذا كان خطأ الدائن داخلاً فى النطاق العقدى، وتكون تقصيرية إذا كان خارج نطاق العقد. والخطأ يكون عقدياً إذا تمثل فى عدم تنفيذ الإلتزامات المتولدة عن العقد، أما إن كان الخطأ عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد فإن المسئولية العقدية لا تتحقق بل تتحق المسئولية التقصيرية. السنهوري جـ٢ ص١٠٥٤ .

(٢) وإذا كان هناك خطأ فى جانب كل من الطرفين، فقد يدعو ذلك القاضى الى عدم الحكم بالفسخ والإكتفاء بالتعويض، إستئناف مختلط ١٩٠٤/٢/٢ م١٦ ص١٢٠- السنهوري جـ١ ص٩٧٢ هامش١ . =

(ب) أوجه خطأ الدائن :

نعرض لصور خطأ الدائن الذى يتسبب فى عدم تنفيذ المدين لإلتزامه ويمنع اعمال الشرط الصريح الفاسخ:

١- يمكن أن يتسبب الدائن فى إتلاف أو هلاك الشئ موضوع التعاقد الذى يلتزم المدين بتسليمه على نحو يصبح معه تنفيذ هذا الإلتزام مستحيل، هنا يحكم القاضى بالفسخ مع تعويض المدين عما لحقه من اضرار وما فاته من كسب طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية لأن خطأ الدائن وإن كان قد وقع بمناسبة وجود عقد بين الطرفين الا أنه لا يعد اخلالاً بالتزام يدخل فى مضمون هذا العقد.(١)

٢- ويمكن أن يتسبب الدائن بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لإلتزامه(٢)،

= وتتضارب أحكام القضاء الفرنسى فى هذا الصدد فهناك من يشترط الخطأ وهناك من يقضى بالفسخ حتى لو تعلق الأمر بسبب أجنبى.

Civ. 11 Avr. 1918, D. 1921.1224-Civ 1,2 Juin 1982, Bull. Civ, n. 502- Marty et Raynaud, op.cit. p. 340.

وفى حكم آخر رفض القاضى اعمال الشرط الفاسخ بعد أن تبين له إستحالة قيام المستأجر بالاعمال المتفق عليها فى المدة المحددة لذلك.

(Civ. 3, 16 dec. 1987, J.C.P. 1989. 21184 note Boccara).

(١) السنهورى جـ٢ ص١٠٥٤ .

اضف الي ذلك أن فعل الدائن هنا يمكن أن يشكل جريمة أو غشاً أو خطأ جسيماً على نحو يستوجب المسئولية التقصيرية (نقض ١٦/٤/١٩٦٨ س١٩ ص٧٦٢).

(2) Civ. 13 Avr. 1929, D.H. 1929.262-R eq. 22 fev. 1923, D.H. 1932.203-civ.12 Juin 1929. 446-Civ.3,25 Oct. 1977, R.T.D.Civ. 1978, 124, obs. cornu.

كأن يقوم بتزويده ببيانات غير صحيحة توقعه فى التنفيذ الخاطئ للإلتزام، هنا لا يقبل من الدائن الإستفادة من خطئه، ويرفض القاضى اعمال الشرط الصريح الفاسخ، ويتيح للمدين تنفيذ إلتزامه عيناً متى كان ذلك ممكناً، أما إن إستحال التنفيذ حكم بالفسخ مع تعويض المدين عن كل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة طبقاً لقواعد المسئولية العقدية لأن خطأ الدائن يتمثل فى الإخلال بأحد الإلتزامات الناتجة عن العقد(١) الا وهو تزويد المدين بالمعلومات والبيانات التى تحدد معالم الإلتزام المطلوب تنفيذه.(٢)

٣- ويظهر خطأ الدائن أيضاً إذا تقاعس عن أداء دوره فى تنفيذ الإلتزام الذى يقتضى تنفيذه التعاون بين الدائن والمدين فى إتمام هذا التنفيذ. كالقيام بإجراءات نقل ملكية الشئ المبيع، ويحق للمحكمة أن ترفض دعوى الفسخ اذا كان على الدائن واجب بالتعاون مع المدين على تنفيذ الإلتزام ولم يفعل، كما فى حالة المشترى الذى لم يتعاون مع البائع فى إتمام اجراءات نقل رخصة السيارة المبيعة لأسمه.(٣)

---

(١) ما لم يشكل سلوك الدائن جريمة أو غشاً أو خطأ جسيماً مما يتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيساً على أنه اخل بإلتزام قانونى. إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل فى جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد (حكم النقض السابق).

(٢) كمن يتعاقد مع مورد لتوريد أشياء أو متعهد لتهيئة مكان لإقامة معرض فى موعد معين، ويمده ببيانات غير صحيحة عن الميعاد أو الإشياء المطلوبة اما عن إهمال أو عن عمد توصلاً لفسخ العقد إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ المندرج فيه.

(٣) نقض ١٩٥٢/٤/١٠ س٣ ص٩١ .

٤- ويتمثل خطأ الدائن كذك فى تقاعسه عن القيام بما يوجبه عليه القانون أو الإتفاق لإستيفاء دينه، كعدم إنتقاله الى موطن المدين لتحصيل الدين[١]، وتعبر عن ذلك محكمتنا العليا بقولها: إذا كان الثابت أن البائعة لم تشترط فى العقد الذى إتفق فيه على الشرط الصريح الفاسخ ان يكون الوفاء بباقى الثمن فى موطنها، بل ينبغى أن تطالب به المشترى فى موعد إستحقاقه أو أن تعذره بالوفاء به وإذا خلت الأوراق مما يفيد أنها انتقلت اليه فى موطنه لتطالبه بدفع باقى الثمن أو أنذرته بدفعه وأنه إمتنع رغم ذلك عن الوفاء به فإن الشرط الصريح الفاسخ لا يكون قد تحقق.[٢]

٥- ويبدو خطأ الدائن واضحاً فى حالة رفضه قبول الوفاء الصحيح المعروض عليه من المدين أو تعسفه فى هذا القبول.[٣]

---

(١) إعمالاً لنص المادة ٣٤٧ مدنى التى تقضى بأن يكون الوفاء فى موطن المدين أو مركز أعماله إذا كان الإلتزام متعلقاً بهذه الأعمال، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، وقضى تطبيقاً لذلك: «تمسك المشترى بأن البائع لم يسع إليه فى موطنه لإقتضاء أى قسط من الثمن فى موعده، مؤداه، وجوب تجاوز المحكمة عن أثر الشرط الصريح الفاسخ «نقض ١٩٨٦/١٢/٢ طعن ٥٣ س٥١ ق مجلة القضاة السابقة ص٨٣).

(٢) نقض ١٩٧٨/١٢/٢١ طعن ١٥٤ س٤٨ق.

(٣) إستئناف مختلط ١٩٢٠/١٢/٢٣ م٣٣ ص٩٤ مشار إليه فى مقالة عبد الحى حجازى ص ٧٩: فى هذه القضية كان الدائن قد إشترط انه إذا إمتنع المصرف عن صرف الشيك المحول إليه كان العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون إنذار، حدث ان إمتنع المصرف عن صرف الشيك لبعض إجراءات شكلية بالرغم من أن مقابل الوفاء كان موجوداً فى المصرف، فلما عرض المدين على الدائن أن يدفع له قيمة الشيك أو أن يعطيه شيكاً آخر رفض الدائن واصر على إعتبار العقد مفسوخاً، قضت المحكمة بأن الدائن متعنت فى تقديره وأن العقد لم يفسخ بل لايزال قائماً.

المبحث الثالث
مشروعية إمتناع المدين عن التنفيذ
(الدفع بعدم التنفيذ)

(أ) المبدأ العام :

يعتبر الإمتناع المشروع للمدين عن تنفيذ إلتزامه مانعاً من موانع اعمال الشرط الصريح الفاسخ، حيث أن مناط إعمال الشرط المذكور هو تخلف المدين عن الوفاء بغير حق[١]، أما ان كان إمتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه، تجاوز القاضى عن شرط الفسخ الاتفاقى فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدنى.[٢]

وتعبر محكمتنا العليا عن ذلك بقولها: يشترط للحكم بالفسخ أن يكون طالب التنفيذ مستعداً للقيام بإلتزامه الذى نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة الى تنفيذه من يوم تحريره، فإذا كان قد أخل هو بإلتزامه هذا فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما

---

(١) نقض ١٩٨٢/٦/٢ طعن ٨١٦ س٤٩ق (مجلة القضاة السابقة) ص٨٣).

(٢) نقض ١٩٧٠/١١/٢٦ س٢١ ص١١٨١ .

نقض ١٩٨٢/١٢/٢٣ طعن ٤٩١ س٤٩ : «مناط تحقق الشرط الصريح الفاسخ أو الحكم بالمفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ الضمنى هو ثبت إخلال المدين بالوفاء بالالتزام المرتب للفسخ، ولا يعتبر المدين مخلاً بهذا الإلتزام متى قام إمتناعه عن الوفاء به على سبب قانونى».

فى ذمته من الإلتزام[١].

فالشرط الفاسخ المقرر جزاءاً على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق الا اذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق.[٢] فان كان من حق المشترى قانوناً أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً.[٣]

والإمتناع عن الوفاء يكون مشروعاً إذا إستند الى إتفاق أو نص فى القانون، وقد عبر المشرع عن الإمتناع المشروع عن الوفاء فى المادة ٢٤٦ التى تنظم الحق فى الحبس والمادة ١٦١ التى تنظم الدفع بعدم التنفيذ. والحق فى الحبس هو الاصل والدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق هذا الاصل فى دائرة العقود الملزمة للجانبين[٤]، وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: إن المادة ١٦١ من القانون المدنى خولت للمتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين حقاً فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد

---

(١) نقض ١٩٦٩/٤/٨ س٢٠ ص٥٧١ رقم ٩٢ .

(٢) نقض ١٩٨٧/٦/٩ طعن ٤٥٨ س٥٤ ق (مجلة القضاة السابقة ص ٨٣).
نقض ١٩٨١/٤/٩ س٣٢ رقم ١٤٥ ص١٠٨٥ .

(٣) نقض ١٩٨٥/٢/٢١ طعن ١١٨٠ س٥٣ ق : «... ولما كان إلتزام المشترى بدفع الثمن فى عقد البيع يقابله إلتزام البائع بنقل الملكية الى المشترى فإن إخلال البائع بهذا الإلتزام يخول المشترى الحق فى الإمتناع عن دفع الثمن».
وقضى أيضاً بأن الحكم بصحة ونفاذ العقد لا يغنى عن تقديم مستندات ملكية البائع، ومن ثم يحق للمشترى حبس الثمن حتى يوفى البائع بهذا الإلتزام. نقض ١٩٨٦/١/٩ طعن ١٥٠٢ س٥٢ ق مجلة القضاة ص٨٣).نقض ١٩٨١/٥/٢٦ طعن ٣٨٣ س٤٨ ق (نفس الموضع).

(٤) السنهورى جـ١ ص١٠٠٨ .

بتنفيذ ما التزم به- وهذا الحق- وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ- ان هو الا الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين.[١]

وللقاضى الرقابة التامة للتثبت من قيام الشرط الصريح الفاسخ ومراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله[٢]، من ذلك بحث مدى مشروعية امتناع المدين عن الوفاء[٣] بناء على الدفع بعدم التنفيذ أو الحق فى الحبس والتحقق من توافر شروط أى منهما.

(ب) الحق فى الحبس :

بالنسبة للحق فى الحبس «جعل التقنين المدنى منه نظرية عامة تنبسط على جميع نواحى القانون، ولا تنحصر فى نواحى معينة تتناثر فى النصوص المتفرقة.

---

(١) نقض ١٩٦٥/١١/١١ س١٦ ص١٠١٨ رقم ١٥٩ .

(٢) نقض ١٩٨٧/٤/١ طعن ١٥١٩ س٥٢ ق (السابق).

(٣) وقضت بأن تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفى التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم الحكم على اسباب سائغة (نقض ١٩٧٠/٣/١٧ س٢١ ص٤٥٠ رقم٧٢)، فمادامت المحكمة قد إعتبرت أن التقصير جاء من جانب المشترى دون البائع فلا يحق للمشترى قانوناً أن يتحدى بعدم قيام البائع بتنفيذ ما إلتزم به وليس ثمة بعد ذلك ما يحول دون القضاء للبائع بالفسخ (نقض ١٩٥١/٣/٨ س٢ ص٤٢٣ رقم ٧٨).

وقضت بأن المتعاقد الذى أخل بإلتزامه عمداً وقصر فى الوفاء به وجحد تعهده وأعرب فى جلاء ووضوح عن نيته فى عدم الوفاء عيناً، لا يقبل منه الدفع بعدم تنفيذ الإلتزام المقابل لإلتزامه هو، والذى أصر على عدم الوفاء به (نقض ١٩٥٨/١٢/٤ س٩ ص٧٠٣ رقم ٩١).

ذلك أن الحق فى الحبس يقوم فى أساسه على مبدأ عام[١]، هــو أن لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بإلتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بإلتزامه هذا ».[٢]

(جـ) الدفع بعدم التنفيذ :

أما عن الدفع بعدم التنفيذ فتعبر محكمة النقض عن شروط اعماله بقولها: لا يكفى للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الإلتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالاً، بل يجب الى جانب ذلك الا يساء إستعمال هذا الدفع، فلا يباح للعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا كان ما لم ينفذ من الإلتزام المقابل ضئيلاً لدرجة لا تبرر إتخاذ هذا الموقف الذى لا يكون متفقاً مع ما يجب توافره من حسن النية وإنما يكفيه فى هذه الحالة إنقاص إلتزامه

(١) السنهورى جـ٢ ص١٤٦٦ .

(٢) ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه إذا هو إنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الإلتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع م٢٤٦ مدنى).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى:

خرج المشروع بالحق فى الحبس من نطاق التطبيقات الخاصة التى وردت فى التقنين الحالى (السابق) على سبيل الحصر، إلى حيز المبادئ العامة، وبذلك كفل له عموم التطبيق فى أحوال لا تتناهى، فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بإلتزامه إستناداً الى حقه فى الحبس، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بإلتزام نشأ بسبب إلتزام هذا المدين وكان مرتبطاً به (مجموعة الأعمال التحضيرية٢ ص٦٤٨).

فى الحدود العادلة التى تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابلة.(١)

تقدر المحكمة مدى مشروعية إمتناع المدين عن تنفيذ إلتزامه على ضوء توافر الشروط السابقة، وتقرر إعمال الشرط الصريح الفاسخ من عدمه على ضوء بحث تلك المشروعية.(٢)

ويعتبر المدين محقاً فى عدم التزامه ولا يمكن إعمال الفسخ فى مواجهته إذا اخل الطرف الآخر بإلتزامه أو أعرب صراحة عن نيته فى عدم الوفاء به عيناً(٣)، أو إذا اصاب هذا العاقد بعد إبرام العقد نقص فى ماله من شأنه أن يؤثر فى يساره أو طرأ عليه من الضيق ما قد يقعد به عن تنفيذ ما إلتزم به.(٤)

---

(١) نقض ١٠/٥/١٩٦٦ س١٧ ص١٠٤٠ رقم ١٤١ .

(٢) نقض ١٧/٣/١٩٧٠ (السابق).

نقض ٩/٦/١٩٨٧ طعن ٤٥٨ س٥٤ق (السابق).

ويقتصر الدفع بعدم التنفيذ على ما تقابل من إلتزامات طرفى التعاقد، والعبرة بإرادة الطرفين فى هذا الصدد ولمحكمة الموضوع حق إستظهارها، المادة ١٦١ مدنى، نقض ٦/١١/١٩٨٥ طعن ٧٠٢ س٥١ق .

(٣) نقض ٤/١٢/١٩٥٨ س٩ ص٧٠٣ رقم ٩١ .

ويعتبر أيضاً فى حكم عدم التنفيذ أن يتبين من الظروف أن المدين لن يستطيع الوفاء بإلتزامه فى الأجل المحدد للتنفيذ، هنا يحق للدائن المبادرة الى طلب الفسخ دون حاجة الى إنتظار حلول الأجل طالما تبين جحود المدين لهذا الإلتزام، وهذه هى نظرية «الجحود المبتسر للعقد» لبيب شنب، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية السنة الثانية ص٢٥٧، السنة الثالثة ص ١٣٩ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ٢ ص ٣٣٤ .

وقضت محكمة النقض بأن المجادلة فى جدية الأسباب التى تخول المشترى الحق فى حبس باقى الثمن والوفاء بطريق الإيداع، تعتبر مجادلة موضوعية غير مقبولة أمام محكمة النقض. (نقض ١٠/١٢/١٩٧٥ س٢٦ ص١٦٠٦ رقم ٣٠١).=

(د) تقدير القاضى لمشروعية موقف المدين :

يجب أن يتعرض الحكم، اذا طلب منه إعمال الشرط الفاسخ الصريح لموقف المدين وبيان ما اذا كان مخطئاً[١] أم محقاً فى عدم التنفيذ، وعلى القاضى الفصل فى أمر إمتناع المدين عن تنفيذ إلتزامه وهل كان له عذره في ذلك أو لم يكن لأن الشرط الفاسخ لا يتحقق الا اذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق.[٢]

وتطبيقاً لذلك حكم بأنه «إذا كان يشترط لطلب فسخ البيع أن يكون البائع قد أوفى بإلتزاماته الناشئة عن العقد ومنها تسليم المبيع للمشترى إذا كان وقت التسليم قد حل قبل وقت دفع الثمن فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد إستناداً الى تأخر المشترى فى الوفاء بباقى الثمن دون أن يبحث ما تمسك به الطاعن المشتري من تخلف المطعون ضدهم- البائعين- من الوفاء بالتزامهم بالتسليم، فإنه يكون معيباً.[٣]

= وقضى أيضاً بقيام الحق للمشترى فى حبس الثمن عند وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من تحت يده. إستقلال قاضى الموضوع بتقدير جدية السبب. (نقض ١٩٨٧/١/٢٠ طعن ٩٥٤ س٥٣ق (مجلة القضاة السابقة ص ٩٠)- نقض ١٩٨٧/٦/٢٣ طعن ١٠٧٤ س٥٣ ق (نفس الموضع).

(١) نقض ١٩٧٥/٢/٢٣ (السابق).

(٢) نقض ١٩٨٣/١١/٢٧ (السابق).

(٣) نقض ١٩٧٥/٤/٢٨ س٢٦ ص٨٤٠ .

وتقضى نفس المحكمة بأن مفاد نص المادة ٣٤٦ من القانون المدنى الواردة فى الفصل الخاص بالوفاء بالدين أن الأصل أن يتم تسليم المبيع فوراً بمجرد إنعقاد البيع ما لم يكن المتعاقدان قد إتفقا فى العقد على ميعاد للتسليم أو كان هناك عرف يحدد مهلة معينة للتسليم أو إقتضت طبيعة =

المبحث الرابع
حسن نية المدين

(أ) خطأ المدين (عدم التنفيذ التقصيرى):

الفسخ جزاء لإخلال المدين بإلتزاماته التعاقدية، لذا يستقر الفقه والقضاء على أن عدم التنفيذ الراجع الى خطأ المدين شرط لإعمال الفسخ القضائى أو الإتفاقى، فإذا لم يكن ثمة خطأ من المدين نشأ عنه عدم التنفيذ جاز للمدين أن يطلب الى القاضى منع إعمال الشرط الصريح الفاسخ، يؤكد ذلك أن المادتين ١٥٧، ١٥٨ وردتا قبل المادة ١٥٩ التى تتكلم فى إستحالة التنفيذ بقوة قاهرة، اذ يدل هذا على أن الفسخ الذى تتكلم فيه كل من المادتين السابقتين إنما يقوم على أساس عدم التنفيذ التقصيرى.(١)

فمن المبادئ المسلمة وجوب مراعاة حسن النية فى الإتفاقات، وأنه مما

= البيع تأخير التسليم الى وقت معين، وإن سكوت المتعاقدين عن تحديد ميعاد التسليم يقتضى أن يكون التسليم فوراً.. ولما كان الشرط الفاسخ المقرر جزاءاً على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق الا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، فإن كان من حق المشترى قانوناً أن يحبس الثمن عن البائع (المتأخر عن التسليم) فلا محل لإعمال الشرط الفاسخ ولو كان صريحاً (نقض ١٨/١١/١٩٨٢ س٣٣ ص٩٣٤).

(١) عبد الحى حجازى ص٤٥٦ ويشير الى رأى مرجوح يذهب الى اعمال الشرط الصريح الفاسخ عند عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته ولو كان ذلك غير راجع الى خطئه، ويشير من جهة أخرى الى الكثير من أحكام النقض الايطالى المستقرة على أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بالفسخ إذا كان عدم التنفيذ غير منسوب الى خطأ المدين.

يخالف مقتضى مبدأ حسن النية إعمال الشرط الصريح الفاسخ لمجرد وقوع أى مخالفة فى التنفيذ مهما قلت أهميتها[١]، ودون إعتبار لحسن أو سوء نية المدين. ولذلك يجوز للقاضى عند إشتمال العقد على مثل هذا الشرط التدخل وتعطيل حكمه نزولاً على مقتضى حسن النية وتطبيقاً لمبدأ عدم جواز التعسف فى إستعمال الحق.[٢]

وقضاء محكمتنا العليا وإن لم يأخذ صراحة بالمعنى السابق الا أنه كان وراء مسلكها فى منح قاضى الموضوع سلطة كبيرة فى التحقق من قيام الشرط وتقدير ظروف اعماله، «ذلك إن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من إنطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله»[٣]

ولا يحكم القاضى بالفسخ إذا إنتفى خطأ المدين[٤] أو كان مرد عدم

---

(١) ما لم يكن هناك إتفاق صريح على إنزال حكم الشرط على هذه المخالفة بالذات.

(٢) عبد الحى حجازى ص ٢١ .

(٣) نقض ١٤/١١/١٩٨٢ طعن ١٩٢٠ س٥١ ق (السابق).

فمحكمة النقض تقتضى وضوح تحديد النص على الشرط فى العقد، ولا يكفى الإشارة اليه بعبارات عامة دارجة غير محددة مثل «إعتبار العقد لاغيا»، إنظر ما سبق ص ٣٣، ٥٠، ٥٦ وهى من ناحية أخرى تتوسع فى إلتماس العذر للمدين الذى لم ينفذ إلتزامه سواء من خلال حسن نيته أو من خلال قيام المبرر الشرعى له المتمثل فى خطأ الدائن، إنظر ما سبق ص ١١٥، ١٢٢ .

(٤) كأن يتأخر فى اداء الإلتزام بسبب ظروف مرضية (نقض ٢٧/٣/١٩٨٤ طعن ١٨٠٦ س٥٠ ق أو يخطى فى تفسير العقد فيتأخر وهو حسن النية عن تنفيذ إلتزامه، فلا يكون هذا التأخر مبرراً للفسخ (محكمة مصر المختلطة الجزئية فى ١/٢/١٩١٣ جازيت٣-١٧٣ ص٩٠) مشار إليه فى السنهورى جـ١ ص٩٧٢ .

التنفيذ السبب الأجنبى[١]، والسبب الأجنبى اما أن يكون قوة قاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير[٢]، ولا يجوز للدائن طلب الفسخ اذا كان هو المتسبب فى عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه.[٣]

والخطأ اللازم توافره لإمكان فسخ العقد يتمثل في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه عمداً أو عن إهمال أو عن فعله، فهو لا ينفذ ما يشتمل عليه العقد بالطريقة التى تتفق مع ما يوجبه عليه حسن النية[٤]، وذلك بإتخاذه مسلكاً إيجابياً أو سلبياً يتعارض مع مقتضيات السير العادى

---

(١) السنهورى جـ١ ص٩٤٠ .

(٢) رفضت المحكمة الحكم بالفسخ وإستندت الى أسباب تتحصل فى أن الأوراق المقدمة فى الدعوى فيها ما يرجح أن الدقيق موضوع البيع شحن سليماً غير مصاب بالتلف الذى وجد به عند تحليله. وأن التأخير في تفريغ شحنة السفينة وفى وصول وثائق الرسالة كان راجعاً الى ظروف الحرب، وأنه على فرض هطول امطار غزيرة أثناء تخزين الدقيق فى العراء لدى شركة الإستيداع وكانت من عوامل زيادة تلفه فلا يصح أن تسأل عنه المطعون عليها لأنه هكذا كان نظام التخزين فى العراء بحكم الضرورة فى ذلك الوقت اضف الى ذلك ان هناك عوامل تجمعت ولم يكن للمطعون عليها دخل فيها بل سلكت مسلكاً لا يشوبه التقصير وقامت بواجبها بقدر ما سمحت به الظروف، (نقض ١٩٥٢/٥/٢٢ طعن ٦١ س٢ ق .

فالسبب الأجنبى الذي يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً يودى الى إنفساخ العقد وينقضى إلتزام المدين دون أن يتحمل تبعه عدم تنفيذه (نقض ١٩٧٦/١/٢٩ س٢٧ رقم ٧٤ ص٣٤٣).

(٣) كما اشرنا من قبل سواء بمناسبة خطأ الدائن أو مشروعية إمتناع المدين عن الوفاء بالتزام، وتعبر عن ذلك محكمة النقض بقولها: «لا يكفى للحكم بالفسخ أن يكون الفسخ وارداً على عقد ملزم للجانبين وأن يكون عدم التنفيذ راجعاً الى غير السبب الاجنبى، وإنما يشترط أيضاً أن يكون طالب التنفيذ مستعداً للقيام بإلتزامه الذى نشأ عن العقد، فإذا كان قد أخل هو بإلتزامه لا يحق له أن يطلب فسخ العقد (نقض ١٩٦٩/٤/٨ س٢٠ رق ٩٢ ص٥٧١).

(٤) م ١٤٨ مدنى.

للعلاقة التعاقدية.

يختلف مفهوم الخطأ فى هذا الصدد عن نظيره فى المسئولية العقدية، فالخطأ العقدى أكثر شمولاً وأوسع نطاقاً حيث يتمثل فى مجرد عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدى، أى أن عدم التنفيذ يعتبر فى ذاته خطأ موجباً للمسئولية التى لا يدرأها عنه الا إثبات القوة القاهرة أو خطأ الدائن[1]. أما الخطأ الأول فيتنافى مع حسن النية أى ينشأ من عدم توافر حسن النية لدى المدين، فالمدين الذى يخطئ فى تفسير مضمون إلتزامه ويتأخر في تنفيذه يعتبر مخطئاً من الناحية العقدية ولكنه لا يعتبر مخطئاً فى حكم قواعد الفسخ[2] أى أنه يكون معرضاً للمساءلة وليس للفسخ.

أي أن مجرد عدم التنفيذ يجعل المدين عرضة للمساءلة العقدية ولا يجديه حسن نيته فى نفى المسئولية بل سبيله الى ذلك هو إثبات السبب الأجنبى (القوة القاهرة أو خطأ الدائن). ولا يؤدى عدم التنفيذ بالضرورة الى الفسخ طالما أن المدين حسن النية، ولو نسب اليه بعض الإهمال حيث يكون للدائن الحق فى التعويض دون أن يكون له الحق فى الفسخ، ومن ثم فكقاعدة عامة الفسخ لا يمكن إعماله فى مواجهة مدين حسن النية.

---

(١) نقض ١٩٦٨/١٢/٥ س١٩ ص١٤٩ رقم ٢٢٧ .

(٢) محكمة مصر المختلطة الجزئية فى ١٩١٣/٢/١ (السابق) وكذلك الحكم بالنسبة للظروف المرضية (نقض ١٩٨٤/٣/٢٧ (السابق).

(ب) مفهوم حسن نية المدين :

والاصل أن حسن النية مفترض ولا يحتاج صاحبه الى اثباته وعلى من يدعى العكس إقامة الدليل على ذلك، الا أن الأمر يختلف هنا بصدد الفسخ حيث ينبغى على المدين لتوقي الحكم بالفسخ، اثبات حسن نيته فى عدم تنفيذ الإلتزام، فمجرد عدم التنفيذ يعد قرينة بسيطة على سوء نية المدين الذى يستطيع نفيها بكافة طرق الإثبات.

ويرى البعض أن المقصود بحسن النية هنا هو حسن النية الموضوعى الذى يقتضيه شرف التعامل والثقة المتبادلة، وليس حسن النية الشخصى الذى يرجع فيه الى الحالة النفسية والشخصية للمدين.[١]

ونرى ضرورة تفسير حسن النية، الذى ينبغى تنفيذ العقد بطريقة تتفق معه[٢]، بالمعيارين الموضوعى والذاتى، حيث يتوائم ذلك مع الروح العامة للتقنين المدنى الحالى فى جمعه بين النظرية الشخصية والنظرية المادية للإلتزام[٣] ويدعم ذلك ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين: «فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف فى شرف التعامل، وبهذا يجمع المشروع بين معيارين: احداهما ذاتى قوامه نية المتعاقد وقد اختاره التقنين الفرنسى، والآخر مادى يعتد بعرف التعامل وقد أخذ به

---

(١) عبد الحى حجازى ص٤٥٧ .

(٢) المادة ١٤٨ مدنى.

(٣) السنهورى جـ١ ص١٠٠٨ .

التقنين الألمانى».[١]

ويرى أستاذنا السنهورى أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عندما حذفت المعيار الثانى الخاص بنزاهة التعامل من المشروع النهائى، وقد إستبقت فى الواقع المعيار الذاى دون المعيار المادى، أما ما ذكرته فى تقديرها من أنها حذفت العبارة التى تقرر المعيار المادى «لأن فى عموم تعبير حسن النية» وهذا هو المعيار الذاتى ما يغنى عنها[٢] فغير صحيح، لأن المعيار الذاتى لا يغنى عن المعيار المادى، لذلك يجب، بعد هذا التعديل، الإقتصار على المعيار الذاتى، وهو معيار حسن النية.[٣]

وتذهب محكمة النقض الى أن بحث حسن النية فى تنفيذ العقد من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق المطلق فى تقديرها.[٤]

---

(١) مجموعة الاعمال التحضرية ٢ ص ٢٨٨ .

(٢) نفس الموضع ص ٢٩٠ .

(٣) السنهورى ص ٨٤٨ .

(٤) نقض ١٩٦٦/١١/١٥ س١٧ رقم ٢٣٩ ص١٦٨٨ .

الفصل الثاني

موانع اعمال الشرط الصريح الفاسخ ذات الطبيعة القانونية

تمهيد :

كان من شأن المتغيرات السياسية والإقتصادية والإجتماعية تدخل المشرع المعاصر فى الكثير من جنبات الحياة القانونية بنصوص آمرة ليحد من اطلاق كل من مبدأ سلطان الإرادة وحق الملكية.

فمن حيث المبدأ يبيح المشرع للاطراف حرية الإتفاق علي الشرط الصريح الفاسخ فيما بينهم، إلا أنه من جهة أخرى يوقف اعمال الشرط المذكور أو يقيده في بعض الحالات التى يتعارض فيها مع الاحكام الامرة التي ينص عليها القانون إعمالا لسياسة محددة أو تنفيذاً لأهداف معينة، وتتمثل تلك الحالات فيما يلى:

١- طبقاً لنص المادة ٢/١٤٧ مدنى «... اذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الإلتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك».

يتضح من النص إنه اذا حلت بعد إبرام العقد ظروف إستثنائية عامة

ليس فى الوسع توقعها، وتجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً لا مستحيلاً[١]، جاز للقاضى، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق الى الحد المعقول[٢]، أى أن تخلف المدين عن تنفيذ إلتزامه فى مثل هذه الظروف، لا يؤدى الى فسخ العقد حتى ولو تضمن شرطاً صريحاً فاسخاً، فالشرط المذكور لا يعمل به أمام الطبيعة الآمرة لنص المادة ٢/١٤٧ الذى يقضى صراحة ببطلان كل إتفاق مخالف لحكمه، ويتمثل هذا الحكم فى منع وقوع الفسخ القضائى أو الإتفاقى، وعلى القاضى التدخل فقط لتعديل العقد. ويتفق ذلك مع حكم القواعد العامة ومقتضيات العدالة حيث إنه ليس هناك ثمة خطأ ينسب للمدين. ولا يقع الفسخ، بنوعيه، إلا إذا كان عدم الوفاء راجعاً الي خطأ المدين، أي أن الفسخ يقوم على أساس عدم التنفيذ التقصيرى.[٣]

(١) فإذا إستحال تنفيذ الإلتزام ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون (م١٥٩ مدنى) حيث يقع الفسخ دون حكم قضائى. Com.28 Avr. 1982 Bull. Civ. 1v n, 175.

(٢) نكتفى هنا بالإشارة الى تلك النظرية وتأثيرها على الشرط الصريح الفاسخ موضوع الدراسة، ونحيل فى هذا الصدد الى المراجع العامة والمتخصصة، السنهورى جـ١ ص٨٥١، والجدير بالذكر أن تطبيق هذه النظرية يثير الكثير من الجدل فى القانون الفرنسى حيث لا يوجد نص عام يقضى به، وفى الوقت الذى يطبقها القضاء الإدارى، يرفض القضاء العادى الإعتراف بها، يورد المشرع لها تطبيقات جزئية فى بعض الحالات. Marty et Raynaud, op.cit. p.261.

(٣) عبد الحى حجازى ص٤٥٧ .

Req. 13 nov, 1928, D.H. 1928, 598- 7 Juill. 1930, S. 1931, 1, 19 -18 dec 1934, Gaz. pal. 1,271.

إنظر ما سبق ص ١٢٨ ويحق للدائن إلى جانب الفسخ، أن يطلب التعويض طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية.

com 11 Mars 1986 Bull, civ.1v, p. 37-10 fev. 1978, R.T.D. Civ. 1987, P, 542 obs. J. Mestre.

٢- تدخل المشرع الفرنسى لمواجهة تعسف الشركات المؤمنة حيث إعتادت على تضمين وثائق التأمين شرطاً صريحاً فاسخاً يؤدى الى الفسخ التلقائى للعقد بمجرد اخلال المستأمن بإلتزاماته، صدر قانون التأمين فى ١٦ يوليو ١٩٣٠ وتم تعديله فى ٣٠ نوفمبر ١٩٦٦ لينظم الفسخ بطريقة آمرة فى حالة التخلف عن دفع القسط حيث أوجب إنذار المستأمن بفسخ العقد فى حالة عدم دفع القسط، ولا يوجه الانذار الا بعد عشرة أيام من حلول أجل القسط، ويقف الضمان بعد مرور ثلاثون يوماً من تاريخ استلام الإنذار. وللمؤمن أن يتمسك بفسخ العقد بعد فوات عشرة أيام من تاريخ الوقف.[١] وعلى ذلك فإن الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه فى عقد التأمين لا يمكن إعماله إلا وفقاً لتلك الإجراءات.

لم يتضمن القانون المصرى، للأسف، نصوصاً خاصة بتنظيم جزاء إخلال المستأمن بإلتزاماته، وترك الأمر للقواعد العامة، ومن ثم يمكن إعمال الشرط الصريح الفاسخ على إطلاقه[٢]. ونادراً ما تلجأ شركات التأمين الى الفسخ، بل تشترط عادة وقف تغطية الخطر المؤمن منه دون حاجة الى إعذار بمجرد التخلف عن سداد القسط المستحق، وتشترط

(1) Picard et Besson, Traite général des assurances terrestres, 4, ed. Bigot, le nouveau régime de la résiliation des contrts d'assurance; J.C.P. 1973-1-2586.

(٢) ومن المقرر أن الفسخ لا يكون له أثر رجعى، فالمؤمن يظل ملزماً بتغطية الخطر المؤمن منه حتى يتم الفسخ.

كذلك سقوط حق المؤمن له فى مبلغ التأمين عند الإخلال بالإلتزام بالإخطار.

ويحاول القضاء التخفيف من قسوة تلك الجزاءات على المستأمن من خلال اشتراط توجيه انذار له قبل الوقف، وعدم الحكم بالسقوط الا فى حالة سوء النية، ويستند القضاء فى ذلك الى طبعية عقد التأمين كعقد إذعان، ونص المادة ٧٥٠ التى تقضى ببطلان كل شرط تعسفى يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر فى وقوع الحادث المؤمن منه، وكل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الحالات التى تؤدى الى البطلان أو السقوط[١].

٣- وضع المشرع الفرنسى كذلك قيوداً على إعمال الشرط الصريح الفاسخ فى عقود بيع العقارات تحت الشيد، لصالح المشترى، حيث لا يقع الفسخ فى حالة تخلفه عن الدفع الا بعد مرور شهر من تاريخ إعذاره، ويجوز للقاضى مد هذه المهلة (قانون / ١ / ١٩٦٧ / ٣٠)، ونفس الحكم لصالح صاحب العمل فى عقد مقاولة البناء (قانون ١٦/ ٧/ ١٩٧١). [٢]

٤- نظم المشرع المصرى البيع بالتقسيط لحماية المستهلك، وقرر بأنه اذا لم يدفع المشترى أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم

(١) إنظر فى تفصيل ذلك مؤلفنا فى أحكام التأمين، الاسكندرية ٢٠٠٣.

(2) Alex weill et F. Terre, op.cit. p. 554-Saint Alary, la vente des immeubles à construire. J.C.P. 1968. 2140.

بفسخ البيع اذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من الثمن[١].

٥- ويحظر المشرع الفرنسى فسخ بيع المنقول، حتى مع وجود الشرط الصريح الفاسخ عقب الحكم بالتسوية القضائية للمشترى أو بتصفية الأموال، الا فى حالة ما اذا كان البائع قد رفع دعوى الفسخ أو الإسترداد قبل الحكم المقرر لذلك.ونفس الحكم فى قانون التجارة المصرى (م٢/٦٢٩).[٢]

٦- ويمكن أن يتدخل المشرع، أحياناً، ليوقف اعمال الشرط الصريح، بصفة مؤقتة، فى بعض العقود، لمدة معينة، أمام وجود أزمة إقتصادية أو ظروف إستثنائية عامة كالحرب، مثال ذلك القوانين الفرنسية الصادرة فى ١٩٣٤/٥/١٩، ١٩٣٩/٩/١، /١٩٦٣ ١٢/١١، ١٩٦٨/٧/٣١.[٣]

٧- ولعل التطبيق الحيوى والبارز فى هذا الصدد، فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى، هو عقد الإيجار، حيث تزايد الإتجاه

---

(١) المواد ١٠٥ ، ١٠٧ من قانون التجارة رقم ١٩٩٩/١٧.

(2) Art. 16 de la loi du 13 Juil. 1967 modifiée par la loi de 25 Jan 1985 (art. 13) Juglart el Ippoilito, Traité de droit commercial, T. 3, 2 éd. 1977, n. 1240- Pedamon, Des clauses résolutoire expresses pour cause de faillite ou de reglement judiciaire dans les ventes mobiliers, D. 1963. 145.

(3) Ph, Gerbay, op.cit. p. 49.

التدخلى للمشرع المصرى خاصة، ونظمه بقواعد آمرة وفرض الكثير منها لمصلحة المستأجر بهدف إقامة التوازن فى العلاقة التعاقدية بينه وبين المالك وحظر الإتفاق على ما يخالفها لتعلقها بالنظام العام، ولعل أهم ما حرص عليه المشرع فى هذا المجال هو تحديد الأجرة وضمان إستقرار وبقاء المستأجر فى العين المؤجرة من خلال تقرير مبدأ الإمتداد القانونى للإيجار لمصلحته، وتحديد الأسباب، وبيان الإجراءات التى يستطيع بها المؤجر إنهاء العلاقة الإيجارية، وضماناً لإعمال تلك الأحكام يقع باطلاً كل شرط أو تعاقد يتم بالمخالفة لها.

وعلى ذلك لا يمكن إعمال الشرط الصريح الفاسخ الا طبقاً لما ينص عليه المشرع من ضوابط سواء تعلق الأمر بإيجار الأماكن أو بالإيجار الزراعى، فهذين النوعين من الإيجار هما اللذان إمتدت إليهما السياسة التشريعية بالتقييد والتنظيم الآمر لما لهما من طبيعة حيوية علي الصعيد الإجتماعى والإقتصادى، وتظل بالتالى عقود الإيجار الواردة خارج هذا النطاق، كإيجار الأرض الفضاء وإيجار المنقول، خاضعة للأحكام الواردة فى القانون المدنى، ويأخذ الشرط الصريح الفاسخ بصددها، مجاله الطبيعى من حيث الإتفاق عليه وحرية إعماله طبقاً للقواعد العامة السالف بيانها.

وقد شهد العالم فى الآونة الأخيرة تطوراً معاكساً فى الفكر السياسى والإقتصادى نحو التحرر والعودة الى الأسس التقليدية للقانون القائمة

على مبدأى سلطان الإرادة وإحترام الملكية الخاصة، كان لذلك الإتجاه تأثيره الواضح على المشرع المصرى فى مجال الإيجار(١) حيث بدأ فى العدول عن التشريعات الخاصة الآمرة والعودة الى قواعد القانون المدنى، وتمثلت الخطوة الأولى فى إخضاع الإيجار الزراعى، بعد فترة إنتقالية، لتلك القواعد، ويستتبع ذلك خضوع عقد الإيجار الزراعى لأحكام الشرط الصريح الفاسخ العادية الواردة فى القانون المدنى.وكذلك الحال بالنسبة لإيجار الأماكن.

لذا نعرض بالتفصيل لمدى امكانية اعمال الشرط المذكور فى نطاق كل من إيجار المكان والإيجار الزراعى فى المبحثين التاليين:

المبحث الأول

حكم الشرط الصريح الفاسخ فى قانون إيجار الأماكن

(أ) القواعد العامة (القانون المدنى) :

تؤدى القواعد العامة فى القانون المدنى الى الحكم بفسخ العقد الملزم للجانبين بسبب إخلال أحد المتعاقدين بإلتزاماته، وعلى هذا الأساس إذا

(١) لعل المجال الواضح لهذا التطور يتمثل فى الإتجاه بالقطاع العام نحو ما يسمى «الخصخصة بإصدار قانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣/١٩٩١- الجريدة الرسمية العدد ٢٤مكرر فى ١٩٩١/٦/١٩ .

أخل المؤجر أو المستأجر بإلتزام من إلتزاماته كان للطرف الآخر طلب فسخ عقد الإيجار.[١]

وتجيز الأحكام العامة فى القانون المدنى، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، الإتفاق على إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه[٢]، مما مؤداه وقوع الفسخ فى هذه الحالة نفاذاً لذلك الإتفاق بقوة القانون، اذ يقع الفسخ حتماً دون أن يكون للقاضى خيار فى أمره، بل ويتحقق ذلك دون حاجة الى التقاضى مالم ينازع المدين في وقوع موجب الفسخ، وإن كانت مهمة القاضى تقف فى هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفاء بالإلتزام، ليقرر اعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً[٣]، وعلى هذا الأساس اذا تم الإتفاق على أن يكون الإيجار مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو إنذار فى حالة الإخلال بأى من الإلتزامات الناشئة عنه، كنا بصدد شرط فاسخ صريح، وكان هذا الشرط صحيحاً، يمكن أن ينتهى العقد بمقتضاه.

(ب) القواعد الخاصة (قانون إيجار الأماكن) :

«إلا أنه تحقيقاً للتوازن بين أوضاع المؤجرين والمستأجرين للأماكن التى تسرى عليها أحكام القوانين الإستثنائية المنظمة للإيجار رأى المشرع التدخل بتعيين أسباب الإخلال بأحكام آمرة ومتعلقة بالنظام العام

---

(١) المادة ١٥٧ مدنى.

(٢) المادة ١٥٨ مدنى.

(٣) نقض ١٩٧٩/٦/٣٠ س٣٠ ص٧٩٢ .

أوردها على سبيل الحصر فى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن بعده القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ مما مفاده أن المشرع وإن لم يصادر حق المتعاقدين فى الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ فى عقد الإيجار إلا أنه أورد عليه قيوداً تتطلب لإعماله ألا يتعارض مع القواعد الموضوعية الأمرة فى تلك القوانين الإستثنائية أو إستيفاء القواعد اللازمة فى هذه القوانين، فلا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر متى كان خاضعاً لأحكام التشريع الإستثنائى الا لسبب من الأسباب المبينة بهذا التشريع، فإن كان عقد الإيجار قد تضمن شرطاً فاسخاً تعين أن يكون تحقق هذا الشرط وفق ما نص عليه التشريع الإستثنائى من ضوابط».(١)

ورأى المشرع، فى نفس المجال ولنفس الأسباب، التدخل بحكم آمر فى حرية المؤجر في النص فى العقد على الشرط الصريح الفاسخ فى حالة التأخر فى سداد الأجرة، فهو وإن لم يصادر حق المتعاقدين فى الإتفاق على الشرط المذكور فى عقد الإيجار إلا أنه أورد عليه قيوداً منها ما يتصل بعدم إعمال الأثر الفورى لهذا الإتفاق وذلك بما أوجبه على المؤجر من تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة خلال مدة معينة، ومنها ما يتعلق بتفادى الأثر المترتب على الإتفاق وذلك بما أجازه للمستأجر من توقى الإخلاء بأداء الأجرة وفوائدها والمصاريف قبل إقفال باب المرافعة في

---

(١) نقض رقم ١٩٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥ (محمد خيرى أبو الليل، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى تطبيق قوانين الإيجار، نادى القضاة، ١٩٩١).

الدعوى.[١]

مؤدى ما سبق أن نصوص قانون ايجار الاماكن الآمرة تعد مانعاً من أعمال الشرط الفاسخ الصريح على إطلاقه، حيث تقرر محكمة النقض صراحة بأنه يشترط لإعمال هذا الشرط الا يتعارض مع نص قانونى متعلق بالنظام العام بما يبطله[٢]، وعلى ذلك فإن الشرط الفاسخ يكاد ينعدم تطبيقه فى نطاق العلاقة الإيجارية الخاضعة لهذا القانون، ويفقد فعاليته ويتضاءل أثره فى الحالة الأكثر وقوعاً فى العمل الا وهى حالة تأخر المستأجر فى دفع الأجرة فى مواعيدها، أضف الى ذلك عدم فعالية اختصاص القضاء المستعجل بإعمال حكم هذا الشرط، ولا شك أن كل ذلك من شأنه إهدار قيمة الشرط الفاسخ فى عقود إيجار الأماكن المذكورة وتقليص سلطة القاضى التقديرية فى هذا الصدد.

وقبل التعرض لتلك الأحكام الإستثنائية فى قانون إيجار الأماكن، ينبغى علينا فى البداية التعرف على تطبيق القواعد العامة بصدد عقد الإيجار العادى، أى الخاضع لأحكام القانون المدنى

(١) نقض رقم ١١٧٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٨/٣/١٩٩٠ (أبو الليل ص ٢٧٤).

(٢) نقض ٥/٣/١٩٨٠ طعن ٥٦٥ س٤٩ ق (أبو الوفا، التعليق على النصوص الإجرائية فى قانون ايجار الأماكن، الإسكندرية ١٩٨٢ ص٣٠٠).

المطلب الأول

الشرط الصريح الفاسخ وعقد الإيجار العادى الخاضع لأحكام القانون المدنى

المقصود بالإيجار العادى هنا هو ذلك الإيجار الذى يرد على غير المكان، أى على منقول أو على أرض فضاء. قرر المشرع فى القانون ٤/١٩٩٦ سريان أحكام القانون المدنى على عقود إيجار الأماكن التى لم يسبق تأجيرها، وكذلك على عقود إيجار الأماكن التى إنتهت عقود إيجارها قبل العمل بهذا القانون أو تنتهى بعده لأى سبب من الأسباب دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها طبقا للقانون. أما عقود إيجار الأماكن التى أبرمت قبل ١٩٩٦/١/٣١ فتظل خاضعة لقانون إيجار الأماكن. وكذلك الحال بالنسبة إلى الإيجار الوارد على المكان الخاضع للقانون المدنى.

يخضع هذا الإيجار للقواعد العامة فى القانون المدنى، ومن ثم فهو ينقضى بالفسخ القضائى أو الإتفاقى شأنه فى ذلك شأن سائر العقود الملزمة للجانبين، ويتعين الحكم بالفسخ إذا نص فى العقد على أنه ينفسخ من تلقاء نفسه بمجرد إخلال أحد العاقدين بإلتزاماته، وهو ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح، مما مؤداه وقوع الفسخ فى هذه الحالة نفاذاً لذلك الإتفاق بقوة القانون دون أن يكون للعاقد أو للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيذ، بل ويتحقق ذلك دون حاجة الى التقاضى ما لم

ينازع المدين فى وقوع موجب الفسخ، ولا يحرم ذلك المدين من ضمانة الإعذار ما لم يتفق الطرفان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضا.[(١)]

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها «لما كان عقد الإيجار ينص فى بنده الرابع على أنه «إذا تأخر الطرف الثانى فى سداد الإيجار فى موعده يصبح هذا العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بغير حاجة الى تنبيه أو إنذار أو إتخاذ إجراءات ويحق للطرف الأول رفع دعوى أمام القضاء المستعجل بفسخ عقد الايجار وطرد المستأجر إذ تعتبر يده فى هذه الحالة يد غاصب فإنه يكون قد تضمن شرطاً فاسخاً صريحاً يسلب القاضى وعلى ما جري به قضاء هذه المحكمة كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ولا يبقى له فى إعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً الا التحقق من حصول المخالفة التى بنى عليها».[(٢)]

ويعتبر العقد مفسوخاً من تاريخ حصول المخالفة، أى من لحظة تحقق الشرط الفاسخ وليس من تاريخ صدور الحكم المقرر لهذا الفسخ، لأن

(١) مجموعة الأعمال التحضرية ٢ ص ٣٢٨ . نقض ١٩٨٤/٢/٩ س٣٥ ص٤٤٢ .

إنظر مؤلفنا فى أحكام الإيجار- الإسكندرية ٢٠٠٢ .

(٢) نقض ١٩٨٣/١/٢٧ س٣٤ ص٣٢٠ .

وفى حكم آخر، أكدت فيه المحكمة نفس المبدأ، وطبقته بقولها «... وكان الثابت أن المطعون ضده الأول المستأجر الأصلى، لم يقم بتنفيذ إلتزامه بدفع الأجرة منذ وقع الحريق بالعين المؤجرة.. فإن الشرط المنصوص عليه فى البند السادس من العقد يكون قد تحقق، ويكون عقد الإيجار الأصلى قد إنفسخ دون حاجة الى رفع دعوى بالفسخ، وبالتالى يكون الحكم المطعون فيه إذ قضى على الشركة الطاعنة، المؤجرة، للمطعون ضده الأول فى فى الدعوى الأصلية بتمكينه من العين المؤجرة وقضى عليها للمطعون ضده الثانى- المستأجر من الباطن- بالتعويض فى الدعوى الفرعية- قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه» نقض ١٩٧٥/٣/١٢ س٢٦ ص٥٦٨ .

الحكم لم ينشئ الفسخ فى هذه الحالة وإنما كشف عن وقوعه ولا يعد ذلك إعمالاً للحكم بأثر رجعى وإنما هو إعمال لأثر الفسخ من وقت تحققه، ويترتب على ذلك أن حق المستأجر فى الإنتفاع بالعين المؤجرة ينتهى من لحظة تحقق الشرط الفاسخ، ولا يستحق المؤجر عن المدة السابقة على الفسخ الا الأجرة المتفق عليها، أما عن المدة اللاحقة فيكون المستأجر واضعاً اليد على العين المؤجرة بغيرسند ويعتبر غاصباً، ومن ثانه يلزم بتعويض الأضرار الناشئة عن هذا الغصب، ولا تتقيد المحكمة بالأجرة المتفق عليها عند قضائها بالريع لصاحب العين مقابل ما حرم من ثمار.(١)

ومن المقرر أنه متى وقع الفسخ بمقتضى الشرط الفاسخ الصريح، فإن الوفاء اللاحق بالإلتزام ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد إنفساخه، وليس من شأنه توقى إعمال الفسخ وترتيب آثاره كاملة، ولا يكون للقاضى سلطة تقديرية فى صدد الفسخ، ولا يبقى له فى إعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً الا التحقق من حصول المخالفة التى بني عليها.

وبناء عليه فمتى فسخ عقد الإيجار إعمالاً للشرط الوارد فيه عند التخلف عن سداد الأجرة، فإن عرض هذه الأجرة ليس من شأنه أن يعيد

(١) نقض ١٩٧٧/١/١١ س٢٨ ص٢١٧ .

Civ. 16 fev. 1932, s. 1932. 1.163. Com. 12 Oct. 1982 J.C.P. 1984. 11.20166 note g. signoret.

نقض ١٩٨٢/٢/٧ طعن ٩٧٧ س٤٨ (سليمان مرقس، عقد الإيجار، ١٩٨٥ ص٧٥٩).

العقد بعد انفساخه[1]، ويجب على المستأجر أن يرد العين الى المؤجر ويتعين على المحكمة النطق بالفسخ بناء على طلب المؤجر، فالفسخ لا يقع، حتى فى حالة وجود الشرط الفاسخ الصريح، دون إرادة الدائن، حيث يستطيع التنازل عن حقه فى إعمال ذلك الشرط صراحة أو ضمناً، فالمؤجر له الحق فى قبول الوفاء المتأخر بالأجرة.[2]

ولا يقتصر تطبيق الشرط الفاسخ فى عقد الإيجار العادى على الإلتزام بدفع الإجرة، بل يمكن للأطراف الإتفاق على إعماله بصدد كافة أو بعض الإلتزامات المتولدة عن العقد، سواء تعلق الأمر بالتزامات المؤجر أو بإلتزامات المستأجر، وعلى ذلك يمكن إعمال الشرط الفاسخ عند إمتناع المستأجر عن تقديم تأمين يكفل الوفاء بالأجرة أو عند تخلفه عن القيام بالترميمات التأجيرية أو عند عدم إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، وكذلك الحال اذا إستعمل المستأجر العين المؤجرة على

---

(١) نقض ١٩٨٣/١/٢٧ (السابق).

وقد ورد فيه: «ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى فى شقها المتعلق بتحقق هذا الشرط- الشرط الفاسخ الصريح- على القول بأن «تأسيسه دعواه على سند من أن المستأنف عليهما المطعون ضدهما- قد تأخرا فى سداد الإيجار فمردود بأن المستأجرين قد عرضا عليه أمام محكمة أول درجة. هذا المبلغ بما يبرئ ذمتهما، ولكنه تقاعس عن إستلام المبلغ ورفض قبوله دون مبرر ومن ثم فإن هذا السبب يكون على غير أساس، فإنه يكون قد إعتبر مجرد عرض الأجرة بعد إنقضاء ميعادها المحدد فى العقد موجباً لرفض الدعوى مع أن الفسخ ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد إنفساخه ومما يدل على أن الحكم لم يتفهم شرط العقد وصرفه ذلك عن إعمال مقتضى هذا الشرط على وجهه الصحيح وهو ما يشوبه فضلاً عن الخطأ فى تطبيق القانون بالقصور فى التسبيب».

(٢) إنظر ما سبق ص ١٠٤ .

غير النحو المتفق عليه أو أحدث بها تغييراً بدون إذن المالك.

ويجوز إعمال الشرط المذكور إذا أخل المؤجر بإلتزامه بعدم التعرض، أو بإلتزامه بإجراء الترميمات الضرورية، ويستطيع الأطراف الاتفاق على إعمال الشرط الفاسخ الصريح، ليس فقط فى نطاق معين، بل وبالطريقة التى يرتضونها من حيث القوة والضعف، أى يمكن إشتراط صدور حكم بالفسخ أو ضرورة الإنذار من عدمه.

المطلب الثانى

الشرط الصريح الفاسخ وعقد الايجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن

لا تطبق القواعد العامة السابقة على إطلاقها بالنسبة لعقد إيجار المكان الخاضع لقوانين إيجار الأماكن حيث تتسم جل أحكامها بالطبيعة الآمرة، ومن المقرر أنه يمتنع إعمال أحكام الفسخ الإتفاقى كلها أو بعضها متى إصطدمت بنص آمر.(١)

---

(١) نقض ٢٣/٢/١٩٩٠ طعن ٥٨ س٥٦ق (أبو الليل ص ٣٢٣).

ونفس الحكم فى القانون الفرنسى بالنسبة لإيجار المكان سواء تعلق الأمر بإيجار المسكن أو بالإيجار التجارى أو المهنى. نظم المشرع فسخ الإيجار المذكور بنصوص آمرة لا يجوز إعمال الشرط الصريح الفاسخ الا وفقاً لها، فيمتنع إعمال الشرط المذكور إلا بصدد الإخلال بالإلتزام بدفع لأجرة وما يلحق بها من أعباء وتأمين، وحتى فى هذه الحالة ينبغى على المؤجر إنذار المستأجر، ولا يقع الفسخ الا بعدمرور شهر من تاريخ الإنذار ويجوز للقاضى منح المدين مهلة إضافية.

Loi du ler sep. 1948-decr. L.Du 30 sep. 1953-loi du 23 dec, 1986.

Civ 3 Juill. 1973, J.C.P. 1973, 316.

ويقرر الحكم بأن لقاضى الموضوع سلطة تقديرية كاملة فى منع وقوع الفسخ وترتيب آثاره =

فالنص فى عقد ايجار المكان على الشرط الصريح الفاسخ فى حالة اخلال المستأجر بإلتزاماته لا يمكن إعماله الا لسبب من أسباب الإخلاء المحددة على سبيل الحصر. ولا يجوز إعمال الشرط المذكور إلا وفقاً للضوابط الواردة بالقانون. وفى حالة التخلف عن سداد الأجرة يستطيع المستأجر أن يتوقى الفسخ بالقيام بالسداد قبل صدور الحكم النهائى. كما يمتنع تنفيذ حكم الطرد إذا سدد المستأجر، عند تنفيذه، الإجرة المستحقة والمصروفات والأتعاب. أضف الى ما سبق عدم فعالية إختصاص القضاء المستعجل بإعمال حكم هذا الشرط، ونعرض لتلك المسائل على التوالى فيما يلى:

الفرع الأول

مجال أعمال الشرط الصريح الفاسخ فى عقد الايجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن

تجيز القواعد العامة فى القانون المدني الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه، إذا

= بأعمال الشرط الصريح الفاسخ، ومنح المستأجر التاجر مهلة للوفاء بما فى ذمته للمؤجر وإنظر فى حتمية توجيه الإنذار الواضح والمحدد للمستأجر فى جميع الحالات

Civ 3, 17 Juin 1980, Bull. Loyers, oct. 1980, n. 347-25 nov. 1980, J.C.P. 1987, 1v, p.42.

وفى حكم آخر رفض القاضى الشرط الفاسخ.

Civ, 3, 16 dec, 1987. J.C.P. 1989. 21184 note Boccara

ويحظر المشرع الفسخ التلقائى لعقد إيجار العقار المخصص للنشاط التجارى فى حالة التسوية أو التصفية القضائية للمشروع (Loi du 25 Jan. 1985).

كان من الجائز اعمال مثل هذا الإتفاق على إطلاقه بالنسبة لعقد الإيجار العادى، فهل ينطبق ذلك على عقد إيجار المكان؟

من المقرر أن مبدأ سلطان الإرادة، الذى يعد الشرط الصريح الفاسخ تطبيقاً له، قد تقلص مجال تطبيقه فى نطاق عقد الإيجار الوارد على المكان الى مدى بعيد، ومن ثم فإن الشرط المذكور قد ضاق نطاق اعماله فى هذا الصدد، ان لم يكن قد إنعدم كلية بالنسبة للشق الخاص بإلتزامات المستأجر.

يعمل الشرط الفاسخ الصريح على إطلاقه فيما يتعلق بإلتزامات المؤجر، وعلى هذا الأساس يجوز للمستأجر التمسك بالشرط المذكور المنصوص عليه فى العقد إذا أخل المؤجر بإلتزام من إلتزاماته، هذا الفرض يصعب تخيله عملاً فيما يتعلق بالإيجار الوارد على المكان، حيث قلبت أزمة الإسكان موازين العلاقة التعاقدية بين المالك والمستأجر، ويندر تصور رغبة المستأجر فى إنهاء العقد أو بحثه عن مبرر لذلك، بل العكس هو الصحيح حيث يلهث المؤجرون وراء سبل إنهاء عقد الإيجار الذي يمتد الى ما لا نهاية لصالح المستأجر ومن يقيم معه.

لذلك تدخل المشرع وحدد الأسباب التى يجوز للمستأجر الإستناد اليها لإنهاء العلاقة الإيجارية وهى ما يعبر عنها بأسباب إخلاء المستأجر، وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها «المبين من إستقراء المراحل التشريعية التى مرت بها قوانين تنظيم العلاقة بين المؤجرين

والمستأجرين- منذ القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وحتى القانون الحالى رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ أن المشرع قيد حق المؤجر فى طلب إنهاء فسخ العقد إلا لأحد الأسباب المبينة بهذه القوانين والتى وردت على سبيل الحصر لا على سبيل البيان، وهو حصر أملته إعتبارات النظام العام التى دعت الي إصدار التشريع الخاص، فلا يصح إقامة دعوى الإخلاء على غير هذه الأسباب».(١)

وبإستقراء اسباب الأخلاء التى يتضمنها قانون إيجار الأماكن نجدها طائفتين:

---

(١) نقض ١٩٨٩/١٢/٦ طعن ١٤٧٩ س٥٢ ق ، نقض ١٩٨٠/١/١٩ س٣١ ص٢١٧، ومع ذلك ذهب رأى الى أن أسباب الإخلاء لم ترد على سبيل الحصر وإن المشرع لم يقصد سوى تحريم إنهاء العلاقة الإيجارية لسبب إنتهاء مدة العقد فحسب، ولم يشأ المساس بأسباب الإنهاء الأخرى لعقد الإيجار سواء كانت أسباباً عارضة خاصة بعقد الإيجار أو أسباباً عارضة عامة يشترك فيها الإيجار مع سائر العقود ، سليمان مرقص شرح قانون إيجار الأماكن، ط٨، جـ٢ ص٢٨٥ ، هذا الرأى الذى يخالف صريح النص وما إستقرت عليه محكمة النقض لم يحظ بتأييد الفقه، حيث ذهب البعض منه الى أنه يمكن الإلتجاء الى الأسباب العارضة المنصوص عليها فى القانون المدنى طالما لا تتعارض مع أحكام قوانين ايجار الأماكن خاصة فيما يتعلق بقواعد الإمتداد القانونى، عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار، ط٢ ص٤٧٤ ، محمد عزمى البكرى موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية، ط٣، جـ١ ص٦٥٧، مصطفى الجمال الوسيط فى أحكام الإيجار، ١٩٩١ ص٥٣٩ ومع تأييدنا الكامل لمحكمة النقض حيث طبقت صحيح نص القانون، نرى أن هذا الإتجاه الفقهى لا يختلف كثيراً من الناحية العملية عما إستقر عليه قضاء النقض، ولا يوجد تعارض فى هذا الصدد ، حيث ينتهى أصحاب ذلك الإتجاه الى أنه لا يمكن إخلاء المستأجر فى غير الحالات المحددة بقانون إيجار الأماكن. البكرى ص٦٥٤ وما بعدها.

الأولى: تتعلق بوقائع محددة ترتبط بطبيعة الإمتداد القانوني للإيجار ومقاصده ولا شأن لها بإلتزامات أى من الطرفين ولا مجال لإعمال الشرط الصريح الفاسخ بشأنها وهى: الهدم الكلى أو الجزئى للمنشآت الآيلة للسقوط، إنتهاء المدة المحددة قانوناً لإقامة الأجنبى فى البلاد، إقامة المستأجر مبنى مملوكاً له يتكون من ثلاث وحدات، عودة المؤجر الذى أجر مسكنه لمدة إقامته في الخارج بصفة مؤقتة(١).

الثانية: تتمثلة فى إخلال المستأجر بإلتزاماته، سواء تعلق الأمر بالوفاء بالأجرة، أو بإستعمال العين المؤجرة، أو بعدم التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن(٢)، تلك الإلتزامات هى فقط التى يمكن فسخ الايجار بسبب الإخلال بها، فالمشرع حصر الأسباب التى تجيز للمؤجر طلب الإخلاء عند إخلال المستأجر بإلتزاماته، ومن ثم ينحصر مجال اعمال الشرط الصريح الفاسخ فى هذا النطاق. وعلى ذلك إذا إتفق الأطراف على إنفساخ العقد تلقائياً دون حاجة الي إنذار أو حكم، عند إخلال المستأجر بإلتزاماته، فإن هذا الإتفاق لا يعمل به الا فى الحالات الواردة علي سبيل الحصر(٣)، وطبقاً للضوابط التي أوردها النص والتى

---

(١) م١٨/أ، ٢٢، ١٧ من القانون ١٩٨١/١٣٦، م٣٩، ٤٠ من القانون ١٩٧٧/٤٩ .

(٢) م١٨/ ب، ج، من القانون ١٩٨١/١٣٦، م٨ من القانون ١٩٧٧/٤٩ .

(٣) عبد الحميد عمران ص١٩، البكرى ص ٦٥٥، قارن سليمان مرقص الذى يرى وحده أن الشرط الفاسخ الصريح سبب لإنهاء الإيجار لم يعطل التشريع الإستثنائى أثره، فيتعين إعماله وإعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه كلما وقعت المخالفة التى جعل الشرط جزاءاً لها، ودون حاجة الى إتباع الإجراءات التى تقررها القوانين الخاصة لذلك بصفة عامة جـ٢ ص٢٨٥ .=

سنعرض لها.(١)

ويترتب على ذلك أن الشرط الصريح الفاسخ لا يصح ولا يعمل به الا فى شأن مخالفة الإلتزامات المذكورة، سواء كان منصوصاً عليه فى العقد كجزاء لإخلال المستأجر بأى من إلتزاماته أو بإلتزام بعينه، ومن ثم يبطل الشرط ولا يرتب أى أثر إذا نص عليه كجزاء لإستعمال المكان فى غير الغرض الذى أجر من أجله، أو لمخالفة شروط العقد المعقولة(٢) أو لتخلفه عن القيام بالترميمات التأجيرية أو لإمتناعه عن تقديم تأمين يكفل الوفاء بأجرة شهرين، أو عن وضع منقولات بالعين تضمن الأجرة.

ويثور التساؤل عن جدوى الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ فى هذه الحالة. لم يصادر المشرع حرية الأطراف فى الإتفاق على الشرط

= يخالف الرأى المذكور الفقه وما إستقرت عليه محكمة النقض: «... إن المشرع وإن لم يصادر حق المتعاقدين فى الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ فى عقد الإيجار الا أنه أورد عليه قيوداً تتطلب لإعماله ألا يتعارض مع القواعد الموضوعية الآمرة فى تلك القوانين الإستثنائية أو إستيفاء القواعد اللازمة فى هذه القوانين، فلا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر متى كان خاضعاً لأحكام التشريع الإستثنائى الا لسبب من الأسباب المبينة بهذا التشريع، فإن كان عقد الإيجار قد تضمن شرطاً صريحاً فاسخاً تعين أن يكون تحقق هذا الشرط وفق ما نص عليه التشريع الإستثنائى من ضوابط» (نقض ١٩٨٢/٢/٨ طعن ١٩١٦ س٤٨ق، ١٩٩٠/٧/٢٥ طعن ١٩٠ س٥٦ق.

(١) إنظر مايلى ص١٥٤.

(٢) حيث لم يعد من الجائز الحكم بالإخلاء بسبب الإستعمال الا إذا كان ذلك مقلقاً للراحة أو ضاراً بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو لغرض مناف للآداب العامة، وأن يثبت ذلك بحكم قضائى نهائى (م١٨/د من القانون ١٣٦/١٩٨١) انظر مايلى ص١٦٦.

المذكور رغم حصر نطاقه فى مجال محدد وتقييد اعماله بضوابط معينة، حيث تظل لهذا الشرط أهميته من ناحيتين:

الأولـــى: أنه فى حالة تحققه ينفسخ العقد من تاريخ حصول المخالفة وليس من تاريخ الحكم المقرر للفسخ، فالحكم يكشف عن وقوعه ولا ينشئه، وتنعدم سلطة القاضى التقديرية فى الحكم بالفسخ ولا يبقى أمامه الا التحقق من حصول المخالفة وضوابطها القانونية.

الثانيـة: أنه فى حالة تحققه يجوز للمؤجر اللجوء للقضاء المستعجل لطرد المستأجر حيث تعتبر يده فى هذه الحالة يد غاصب لزوال سنده.(١)

وأخيراً فإنه يجدر الإشارة الى أن الأسباب التى يستند اليها المؤجر فى طلب الإخلاء تعد تحديداً للوقائع التى يستمد منها حقه فى الطلب، فإذا إستند المؤجر أمام محكمة الدرجة الأولى فى دعواه بإخلاء العين المؤجرة الى سبب أو أكثر من أسباب الإخلاء، فقضت المحكمة بالإخلاء على سند من أحدها دون التعرض لباقى الأسباب، وإستأنف المستأجر هذا الحكم فإن الدعوى تنتقل الى محكمة الإستئناف بما سبق أن أبداه المؤجر من أسباب وتعتبر مطروحة أمام المحكمة للفصل فيها بمجرد رفع

---

(١) إنظر ما سبق ص ١٨٢ .

وجدير بالذكر أن القضاء المستعجل يختص بطرد المستأجر من العين، ولو لم يتضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً، إستناداً الى نص المادة ٤٥ مرافعات، إذا توافر فى الدعوى صفة الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق (الديناصورى وعكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ط١٩٨٦ ص٢٧١، ٢٧٤).

الإستئناف الا إذا تنازل عن التمسك بأى منها.[1]

الفرع الثانى

ضوابط إعمال الشرط الصريح الفاسخ فى عقد الايجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن

تقضى القواعد العامة بإعمال الشرط الصريح الفاسخ طبقاً لصيغته التى إتفق عليها الأطراف فى العقد، فيمكن أن ينفسخ العقد تلقائياً بمجرد الإخلال بالإلتزام دون حاجة الى إعذار أو صدور حكم قضائي بذلك.

يختلف الأمر بالنسبة للإيجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن، والمشرع وإن لم يصادر حق المتعاقدين فى الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ، الا أنه أورد عليه قيوداً تتطلب لإعماله الا يتعارض مع القواعد الموضوعية الآمرة فى قوانين ايجار الأماكن أو إستيفاء القواعد اللازمة فى هذه القوانين، فإذا تضمن عقد الإيجار شرطاً صريحاً فاسخاً تعين أن

---

(١) نقض (هيئة عامة) ١٩٨٦/١٢/٢٢ س٣٣ ص١٣٠١، ويعد ذلك عدولاً عن الأحكام السابقة المخالفة ومنها نقض ١٩٨١/٥/١٣ س٣٢ ص١٢٦٦ ، وتطبيقاً لذلك قضى بأنه «..إذا كان الواقع فى الدعوى أن المطعون ضدها قد أقامت طلب الإخلاء للتأجير من الباطن.. ولاحتجاز المستأجر أكثر من مسكن بغير مقتض،.. ومن ثم فإنهما يمثلان سببين لطلب واحد هو الإخلاء لإنحلال العقد، لما كان ما تقدم وكان الحكم الإبتدائى قد قضى بالإخلاء على سند من أحد السببين وهو الإحتجاز ولم يعرض للسبب الآخر وهو التأجير من الباطن، فإن هذا السبب الأخير يعد مطروحاً على محكمة الإستئناف فى الإستئناف المرفوع من الطاعن، طالما لم يتنازل عن التمسك به، ويكون لمحكمة الإستئناف أن تتصدى له وأن تقيم قضاءها عليها. (نقض ١٩٨٤/٤/١ طعن ١٣٨٢ س٥٦ ق.

يكون تحقق هذا الشرط وفق ما نص عليه التشريع الإستثنائى من ضوابط.(١)

وتتمثل تلك الضوابط فى ضمانتين لصالح المستأجر هما وجوب الإعذار فى بعض الحالات، خاصة فى حالة التخلف عن الوفاء بالأجرة أى ضرورة التكليف بالوفاء بالأجرة، وإشتراط صدور حكم قضائى نهائى بثبوت المخالفة قبل المستأجر.

(أ) وجوب الإعذار:

إذا إتفق الأطراف فى عقد الايجار على إعتباره مفسوخاً، دون حاجة الى إعذار، بمجرد إخلال المستأجر بإلتزاماته، فهل يطبق ذلك الشرط دون تحفظ؟

الأصل كما عرضنا أنه يتم إعمال الشرط الصريح الفاسخ طبقاً لمدلوله المتفق عليه طالما لم يوجد نص آمر يوقف مفعوله، وعلى ذلك فإن عقد الإيجار ينفسخ، دون حاجة الى إعذار، إذا أخل المستأجر، مثلاً بإلتزامه بعدم التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن.(٢)

ولكن التساؤل قد ثار حول مدى وجوب الإعذار، بسبب وجود نص آمر فى فرضين يخل فيهما المستأجر بإلتزاماته، وهما على درجة كبيرة من

---

(١) نقض ٢٥/٧/١٩٩٠ طعن ١٩٠ س٥٦ ق (السابق).

(٢) ما لم يتعلق الأمر بمتجر حيث أن حرية التصرف فى المتجر بكافة عناصره ومقوماته أمر يتعلق بالنظام العام الإقتصادى ويمتنع بالتالى حظر هذه الحرية أو تقييدها، أى أن الحق فى الإجارة يندمج فى المتجر ويبطل كل شرط من شأنه حظر التنازل عنها، سليمان مرقص جـ٢ ص

الأهمية والإتساع فى الحياة العملية، الأول: إستعمال المكان أو السماح بإستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو فى أغراض منافية للآداب العامة، الثانى: عدم الوفاء بالأجرة.

الفرض الأول : هل يلزم الإعذار بالرغم من الإتفاق على الفسخ دون حاجة الى إعذار إذا أخل المستأجر بإلتزامه المتعلق بإستعمال العين المؤجرة؟

كان نص المادة ٣١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ يقضى بأحقية المؤجر فى طلب إخلاء المكان «...(جـ) اذا إستعمل المستأجر المكان المؤجر أو سمح بإستعماله بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة والمتعارف عليها وتضر بمصلحة المؤجر أو إستعمله فى غير الأغراض المؤجر من أجلها، وذلك بعد إعذاره بإعادة الحالة الى ما كانت عليه.(د) إذا إستعمل المكان المؤجر أو سمح بإستعماله بطريقة ضارة بالصحة أو مقلقة للراحة أو منافية للآداب العامة متى ثبت ذلك بحكم قضائى نهائى».

يتضح من النص أن اعذار المستأجر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه أمر وجوبى، وهو حكم آمر لا يجوز الإتفاق على الإعفاء منه فى عقد الإيجار، وقد ذهب البعض الى إمكان الإستغناء عن الإعذار بأى ورقة تحوى مضمونه، كإعلان المستأجر بصحيفة دعوى الإخلاء طالما تضمنت الصحيفة فحوى الإعذار، اذ أن رفع الدعوى أقوى من الإعذار فى التعبير عن رغبة الدائن فى إقتضاء حقه[1]. ولا يلزم الإعذار، من باب أولى،

(١) البكرى ص ٩٤٧ .

إذا ثبتت المخالفة فى إستعمال المكان بحكم قضائى نهائى لأن ذلك الحكم يجب الإعذار[١]، ولكن محكمة النقض ذهبت الى عكس ذلك وإشترطت إعذار المستأجر قبل رفع الدعوى.[٢]

جاء القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ونص فى المادة ١٨ منه على إلغاء المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ واستدل بنص الفقرتين

---

(١) سليمان مرقص، شرح قانون إيجار الأماكن، جـ٢ ص٢٧٨ .

سينوت حليم دوس، الإخلاء لإساءة الإستعمال مصادرة على المطلوب، مجلة القضاة، السنة العشرون، العدد الأول ١٩٨٧ ص١٥٠ .

(٢) حيث قضت بتاريخ ١٩٨٢/٥/٢٧ فى الطعن رقم ١٠٨٥ لسنة ٥١ق : بأن« ... وكانت محكمة أول درجة قد قضت فى حدود الطلبات المعروضة عليها وإلتزاماً بحكم المادة ٣/٣١ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بعدم قبول الدعوى لقعود المؤجرين عن إعذار المستأجر بإعادة الحال الى ما كانت عليه... ».

وقررت أيضاً بأن «النص في المادة ٣١/جـ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧..يدل على أن المشرع أدخل تعديلاً جوهرياً على قوانين إيجار الأماكن السابقة.. ومؤدى هذا التعديل أن يقوم المؤجر بإعذار المستأجر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل نشوء المخالفة وذلك تنبيهاً للمستأجر عند إرتكابه مخالفة تضر بالمؤجر ليمكن له إزالتها وإعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل وقوعها ويتوقى بذلك الحكم بإخلائه من العين المؤجرة فإن إستمر مصراً على المخالفة رغم إعذاره حق للمؤجر أن يطلب إخلاءه منها وإذا كانت تلك هى حكمة الشارع من النص على ضرورة الإعذار، وكانت إعادة الحالة الى ما كانت عليه تقتضى حتماً إزالة الضرر بأن يعود الأمر الى سابق عهده قبل نشوء المخالفة وهو مالا يتحقق الا إذا رفع الضرر الذى أصاب المؤجر نتيجة إرتكابها والذى كان مبرراً لطلبه الحكم بإخلاء المستأجر من العين المؤجرة فإذا ظل الضرر قائماً كأثر للمخالفة فإن مفاد ذلك أن الحالة لم تعد الي ما كانت عليه ولا يكون المستأجر بالتالى قد أذعن للإعذار الموجه اليه بإعادة الحالة الى ما كانت عليه اذ لا يتحقق غرض الشارع من الإعذار على ما سلف البيان مع أستمرار الضرر الذي نشأ بنشأة المخالفة ولما يزل بعد باقيا » نقض ١٩٨٧/١٠/٢٦ الطعن رقم ٢١٣٧ س٥٠ق، ١٩٨٧/١٢/٢١ الطعن رقم ٩٠ س٥١ق ١٩٨٧/٣/١٢ الطعن رقم ٣٤٩٩ س٥٦ق.

جـ، د منها نصاً جديداً واحداً هو نص الفقرة د من المادة ١٨ الذى يقصر حق المؤجر فى طلب الإخلاء على حالة ما «إذا ثبت بحكم قضائى نهائى أن المستأجر إستعمل المكان المؤجر أو سمح بإستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو فى أغراض منافية للأداب» هل يعنى ذلك التعديل عدم لزوم الأعذار والرجوع الى القواعد العامة بصدد أعمال الشرط الصريح الفاسخ أى ترك الأمر لإتفاق الأطراف؟

قد يرى البعض ضرورة إعذار المستأجر المخالف قبل الشروع فى الحصول على حكم نهائى بإثبات المخالفة، ذلك لأن القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١، كما يبين من عنوانه، ليس ناسخاً للقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بل مكمل له ومن ثم وجب إعمال حكم الفقرة جـ للمادة ٣١، «وذلك بعد إعذاره بإعادة الحالة الى ما كانت عليه».(١)

هذا الإحتمال لم يذهب اليه أحد، بل يجمع الفقه(٢) على أنه لا يشترط اعذار المستأجر قبل رفع دعوى الإخلاء لأن النص لم يشترط ذلك، حقاً إن القانون ١٣٦/١٩٨١ لا يحل محل القانون ٤٩/١٩٧٧ وإنما هو مكمل له، ولكن القانون الأول قد ألغى صراحة بعض مواد القانون الثانى ومن بينها المادة ٣١ ومن ثم لا يمكن إعمال حكمها الخاص

(١) سينوت حليم دوس، نفس المرجع ص ١٥٠ .

(٢) نفس المرجع، سليمان مرقص، المرجع السابق ص ٥١٨، محمد عزمى البكرى، المرجع السابق ص٩١٨ .

باشتراط الإعذار، أضف إلى ذلك أن إشتراط الإعذار كان قاصراً على حالة رفع دعوى الإخلاء للضرر التى كان منصوصاً عليها فى الفقرة حـ من المادة ٣١ دون الحالة التى يكون قد صدر فيها حكم قضائى نهائى به والتى كان منصوصاً عليها فى الفقرة د من المادة المذكورة، حيث لم تكن تشترط هذه الفقرة الأعذار، وقد جاد النص الحالى مقارباً لحكم الفقرة المذكورة[(١)].

وأخيراً فإن عدم لزوم الإعذار أمر يتفق مع المبادئ العامة من جهتين:

الأولى: أنه لا ضرورة لإعذار المستأجر فى هذه الحالة بإعتبار أن تنفيذ إلتزام المستأجر أصبح غير مجد بفعله (م٢٢٠/١ مدنى)[(٢)] .

الثانية: أن فى ذلك عود الى حكم القواعد العامة فى الشرط الصريح الفاسخ حيث يترك الأمر لإتفاق الأطراف على ذلك فى العقد، إلا أنه ينبغى التذكرة فى هذا الصدد أن المشرع لم يترك الأمر كاملاً لإرادة الأطراف فهو وإن لم يستلزم الإعذار الا أنه تطلب صدور حكم نهائى بالمخالفة.

والجدير بالذكر أن هذا التعديل التشريعى لا يسرى إلا من تاريخ نفاذ القانون الجديدوالعمل به دون أن يكون له أثر على الوقائع السابقة عليه سواء رفعت بها الدعوى أو لم ترفع قبل صدوره.[(٣)]

---

(١) عبد الحميد عمران، أسباب الأخلاء ١٩٨٣ ص٢١٨ .

(٢) عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام الإيجار، ص٦٠٢ .

(٣) نقض ١٩٨٥/٣/٢٥ الطعن رقم ٢٢١٩ س٥٣ (هيئة عامة البكرى) ص٧٥٦ وقد جاء =

الفرض الثانى : هل يلزم الإعذاربالرغم من الإتفاق على الفسخ دون حاجة الى إعذار إذا أخل المستأجر بإلتزامه بدفع الأجرة؟

يختلف الأمر بحسب ما إذا رفعت دعوى الإخلاء أمام المحكمة الإبتدائية ، أمام محكمة الأمور المستعجلة.

١- إن دعوى إخلاء المستأجر المتخلف عن سداد الأجرة من العين المؤجرة المرفوعة أمام المحكمة الإبتدائية هى دعوى موضوعية بفسخ عقد الإيجار، يجمع الفقه(١) والقضاء على أن تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة (أى إنذاره بالوفاء) شرط لقبول تلك الدعوى، وقد درجت قوانين الإيجار الإستثنائية على إقتضاء ذلك الشرط.(٢)

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: « ... إن المشرع إعتبر تكليف المستأجر بالوفاء شرطاً أساسياً لقبول دعوى الإخلاء بسبب التأخير فى الأجرة، فإذا خلت منه الدعوى أو وقع باطلاً تعين الحكم بعدم قبول الدعوى ويعتبر بطلان التكليف متعلقاً بالنظام بالعام».(٣)

= فيه « ... أنه لما كان ما تقدم وكان ما إستحدثه القانون ١٩٨١/١٣٦ من تعديل فى سبب الإخلاء يتصل بقاعدة موضوعية آمرة ومتعلقة بالنظام العام ومن ثم فإنها تسرى بأثر فورى مباشر على المراكز القانونية القائمة والتى لم تستقر بحكم نهائى وقت العمل به ولو كانت قد نشأت فى ظل القانون السابق». أمنظر مؤلفنا فى نظرية القانون، الاسكندرية ٢٠٠٢.

(١) السنهورى جـ٦ المجلد الثانى ص ١٠٦٥ ، سليمان مرقص جـ٢ ص٢٧٨ ، العطار ص٤٩٩ .

(٢) م٢/ أ من القانون ١٩٤٧/١٢١ ، م٢٣/ أ من القانون ١٩٦٩/٥٢ ، م٣١/ أ من القانون ١٩٧٧/٤٩ ، م١٨/ ب من القانون ١٩٨١/١٣٦ .

(٣) نقض ١٩٧٧/٢/٢٣ س٢٨ ص٥٣٧ ، نقض ١٩٨٤/٢/٩ س٣٥ ص٤٤٢ .

ويترتب على ذلك أنه إذا لم يتم التكليف بالوفاء أو وقع باطلاً، وجب الحكم بعدم قبول الدعوى، ولو لم يتمسك المستأجر بذلك، الا أنه لا يجوز لغير المستأجر التمسك ببطلان التكليف بالوفاء بالأجرة، وذلك لأن شروط قبول دعوى الإخلاء للتأخر فى سداد الإجرة مقرر لحمايته ولا مصلحة لغيره فى التمسك ببطلان التكليف بالوفاء.(١)

والتكليف بالوفاء أمر واجب حتى ولو تضمن عقد الإيجار شرطاً صريحاً فاسخاً يقضى بالفسخ دون إعذار أو حكم فى حالة التخلف عن سداد الأجرة.

كما لا يغنى عن شرط التكليف بالوفاء صدور حكم من القضاء المستعجل بالطرد للتأخر فى الوفاء بالأجرة وذلك لما هو مقرر من أنه لا حجية لهذا الحكم أمام قضاء الموضوع(٢). وتكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة فى ذمته هو شرط أساسى لقبول طلب المؤجر إخلاء العين المؤجرة بسبب التأخير فى سدادها، يستوى فى ذلك أن يتقدم المؤجر بهذا الطلب فى دعوى أصلية يرفعها ضد المستأجر أو يتقدم به فى صورة طلب عارض فى الدعوى المرفوعة عليه.(٣)

---

(١)عبد الحميد عمران ص ٤٢، ٤٧ وإنظر نقض ١٩٨٠/٣/٢٦ س٣١ ص٩٠٤ .

(٢) نقض ١٩٨٧/١/١٩ طعن ٢١٢٥ س٥٠ق (أبو الليل ص٢٨٢)، وقد جاء فيه «... ان المشرع وإن لم يصادر حق المتعاقدين فى الإتفاق على الشرط الفاسخ الصريح فى عقد الإيجار الا أنه أورد عليه قيوداً منها ما يتعلق بعدم إعمال الأثر الفورى لهذا الإتفاق وذلك بما أوجبه على المؤجر من تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة خلال مدة معينة....

(٣) نقض ١٩٨٧/١/١ طعن ٨٧٨ س٥٤ق (نفس الموضع).

لم يكتف المشرع بوجوب إعذار المستأجر بالوفاء بالأجرة بل حدد مضمون هذا الإعذار وكيفيته وتوقيته حتى يؤدى الغرض منه، إذ تنص المادة ١٨ من القانون ١٣٦/١٩٨١ على أنه «لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو إنتهت المدة المتفق عليها فى العقد الا لأحد الأسباب الآتية: (أ)... (ب) إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تكليفه بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول دون مظروف أو بإعلان على يد محضر..».

فمن ناحية المضمون: يجب أن يتضمن التكليف إعذار المستأجر بالوفاء بالإجرة «ويجب أن يذكر بداهة إسم كل من المؤجر والمستأجر ومقدار الأجرة المطالب به، ويكفى فيه أن يكون القدر الذى يعتقد المؤجر أن ذمة المستأجر مشغولة به، حتى ولو ثبت بعد ذلك أن المقدار الواجب دفعه أقل من المقدار المذكور فى التكليف، بمعنى أن التكليف بأجرة متنازع عليها لا يقع باطلاً طالما يستند إدعاء المؤجر الى أساس من الواقع أو من القانون»[١]، ويشترط أن يبين فى التكليف الأجرة المستحقة المتأخرة[٢] والمصاريف[٣] حتى يتبين المستأجر حقيقة المطلوب منه بمجرد وصول التكليف اليه، والا تتجاوز الأجرة المطلوبة فيه ما هو

---

(١) نقض ١٩٧٧/١١/٩ س٢٨ ص١٦٣٢ .

(٢) سواء تلك المستحقة حتى تاريخ التكليف أو تاريخ الوفاء حسبما يتضمن التكليف.

(٣) ويقصد بذلك مصاريف الاجرة أما المصاريف والنفقات الفعلية، فلا تعتبر فى حكم الأجرة الواجب بيانها فى التكليف لأن تحديدها لا يكون إلا بعد رفع الدعوى (نقض ١٩٨٥/٢/٢٥ طعن ٤٠٦ س٥٤ ق).

مستحق فعلاً فى ذمة المستأجر، والا تكون الأجرة متنازع فيها جدياً.(١)

ومن ناحية الكيفية : يجب أن يتم تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول دون مظروف أو بإعلان على يد محضر. ويجوز أن يتم التكليف بإجراء أقوى كتوقيع الحجز التحفظى على منقولات المستأجر وفاء للأجرة المستحقة أو إستصدار أمر بأداء الأجرة المتأخرة وإعلانه للمستأجر أو تكليف المستأحر الحضور أمام المحكمة لسماع الحكم عليه بإلزامه بأداء الأجرة.

ومن ناحية التوقيت : ينبغى أن يتم تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة قبل رفع دعوى الإخلاء بخمس عشر يوماً على الأقل، والا كانت الدعوى غير مقبولة شكلاً لرفعها قبل الميعاد. ويتعين على المحكمة أن تقضى بعدم القبول من تلقاء نفسها، ذلك أن مدة الخمسة عشر يوماً قصد بها أن تكون مهلة للمستأجر يستطيع فيها الوفاء بالأجرة، وإذا تعددت أوراق التكليف بالوفاء، فان المهلة المذكورة تحتسب من تاريخ آخر تكليف بإعتباره ناسخ لما قبله.(٢)

---

(١) نقض ١٩٨٤/٥/٣٠ طعن ٤٧٤ س٤٩ق . «وإذا كان المبلغ الوارد بالتكليف يجاوز الأجرة المستحقة قانوناً رغم إنتفاء النزاع الجدى فى الأجرة، فإن التكليف يضحى باطلاً حابط الأثر ولا يصلح أساساً لدعوى الإخلاء لمجاوزة المطالبة للقدر المستحق فعلاً على المستأجر نقض ١٩٧٨/١/٢٥ س٢٩ ص٣٣٣ . وإذا كانت الأجرة محل نزاع جدى بين الطرفين فلا يشترط عندئذ بيانها (نقض ١٩٧٨/١/٢٥ س٢٩ ص١٦١٧).

ويستوى فى المنازعة التى تجعل التكليف حابط الأثر ان تكون فى الأجرة ذاتها أو فى إستحقاق مبالغ الاجرة المطالب بها (نقض ١٩٨٤/٥/٢٣ طعن ١٩٨ س٤٩ق).

(٢) السنهورى جـ٦ المجلد الثانى ص ١٠٧١ .

٢- يختص القضاء المستعجل - كما سنرى- بنظر دعوى الطرد التى يرفعها المؤجر إستناداً الى الشرط الفاسخ الصريح الذى يقضى بإعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى إنذار أو حكم عند تخلف المستأجر عن سداد الأجرة.

رأينا أن إعذار المستأجر بالوفاء بالأجرة أمر واجب لقبول دعوى الإخلاء الموضوعية أمام المحكمة الإبتدائية حتي لو تضمن عقد الإيجار شرطاً صريحاً فاسخاً. فهل يلزم ذلك الإعذار فى حالة رفع دعوى الطرد التى يرفعها المؤجر- أمام القضاء المستعجل- فى حالة وجود شرط فاسخ صريح يقضى بإعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى إنذار أو حكم عند تخلف المستأجر عن سداد الأجرة؟

ذهب جانب من الفقه الى أنه لا يشترط لقبول دعوى الطرد المشار إليها سبق تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة ما لم يتضمن الشرط الفاسخ الصريح وجوب هذا التكليف، ذلك أن التكليف المذكور شرط فى الدعوى الموضوعية ولا يمتد الى دعوى الطرد المستعجلة التى تظل خاضعة لمنطق الشرط الفاسخ وحده والقول بغير ذلك من شأنه إهدار قيمة الشرط المذكور(١). أضف الى ذلك أن إشتراط تكليف المستأجر بالوفاء وما يستتبع ذلك من إنتظار المهلة المقررة لرفع الدعوى أمر يتجافى وطبيعة الدعوى المستعجلة التى تقتضى السرعة والحكم الصادر فيها مؤقت

(١) العطار ص ٥٢٠، أبو الوفا ص ٣٥١ .

يجوز العدول عنه.(١)

لكن محكمة النقض ذهبت الى وجوب تكليف المؤجر للمستأجر بالوفاء بالأجرة حتى لو تعلق الأمر بدعوى الطرد المقامة أمام القضاء المستعجل تأسيساً على الشرط الصريح الفاسخ، وإستندت المحكمة فى قضائها الى أن الشرط المذكور لا يعمل به فى حالة التعارض مع نص قانونى متعلق بالنظام العام، وإن هذا الشرط لا يتحقق الا بتحقق مقتضاه، فإن كان المقتضى هو التأخير فى سداد الأجرة تعين أن يكون بالمعنى المنصوص عليه فى قانون إيجار الإماكن(٢)

ولا شك أن قضاء النقض يعبر عن مكنون نصوص قانون إيجار الأماكن ذات الطبيعة الآمرة التى تنحى مبدأ سلطان الإرادة جانباً بهدف حماية المستأجر وتجنيبه صدور أحكام مستعجلة تعرضه لمخاطر فقد

---

(١) عبد الحميد عمران ص ٥٨ ، مرقس ص٢٨٥،٧٣، مصطفى هرجه ص١٤٧ .

(١) نقض ١٩٧٩/٦/٣٠ س٣٠ ع٢ ص٧٩٢، نقض ١٩٨٤/٢/٩ س٣٥ ص٤٤٢ وقد جاء فى حكم النقض بأنه «... وإذا كان العقد متضمنا لشرط صريح فاسخ فيبطل ولا يعمل به فيما لا يوافق حكم النص كما سلف البيان سواء كانت الدعوى مرفوعة الى القضاء الموضوعى أو المستعجل إذ أن الشرط الصريح الفاسخ لا يتحقق الا بتحقق مقتضاه فإن كان المقتضى هو التأخير فى سداد الأجرة تعين أن يكون بالمعنى الذى وضعه الشارع والسابق إيضاحه».
وتكليف المستأجر بالوفاء بالإجرة شرط أساسى لقبول دعوى الإخلاء، فإذا خلت الدعوى من التكليف أو وقع باطلاً أو صدر ممن لا حق له فى توجيهه ترتب على ذلك عدم قبولها لتعلق الأمر بالنظام العام، نقض ١٩٩٠/٥/١٦ طعن ١٣٩١ س٥٩ق- نقض ١٩٩٠/٣/١١ طعن ٢٣٣٧ س٥٩ق ، ولا يغنى عن التكليف صدور حكم من القضاء المستعجل بطرد المستأجر للتأخر فى الوفاء بالأجرة (نقض ١٩٨٤/٢/٩ (السابق).

مسكنه، ومن ثم لا يمكن الإستناد الى حكم القواعد العامة التى تعمد المشرع الخروج عليها، منذ البداية، فى هذا الصدد، تحقيقاً لسياسة إجتماعية معينة.

(ب) وجوب صدور حكم قضائى بالفسخ :

إذا إتفق الأطراف فى عقد الايجار، الخاضع لقانون ايجار الأماكن، على إعتباره مفسوخاً، دون حاجة الى صدور حكم قضائى، بمجرد إخلال المستأجر بإلتزاماته، فهل يطبق ذلك الشرط دون تحفظ؟

يبقى حكم القواعد العامة على أصله، ويصبح العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم بمجرد حصول الإخلال بالإلتزام الموجب له، ويفقد القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ولا يبقى له فى إعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً الا التحقق من حصول المخالفة التى بنى عليها[1]، وعلي ذلك إذا تخلف المستأجر عن الوفاء بالأجرة أو اساء إستعمال العين المؤجرة، فإن للمؤجر إعتبار العقد مفسوخاً، إستناداً الى الشرط الصريح الفاسخ، ويجوز له أن يلجأ الى القضاء الموضوعى للحصول على حكم بإنفساخ العقد وبالإخلاء.

(١) نقض ١٩٨٣/١/٢٧ س٣٤ ص٣٢٠ .
وقضت كذلك بأن ثبوت واقعة النزول عن الإيجارة دون إذن يحتم على المحكمة أن تقضى بفسخ الإيجار وإخلاء المكان دون أن يكون لها سلطة تقديرية لأن حق المؤجر فى الإخلاء ينشأ بمجرد وقوع المخالفة فالحكم بالفسخ هنا مطلق تقع نتيجته بمجرد قيام سببه (نقض ١٩٨٤/١١/٢٨ س٣٥ ص١٩٤٣).

ولكن المشرع أراد التخفيف من غلواء تلك القواعد العامة، من خلال بعض الضوابط لصالح المستأجر، ففيما يتعلق بالإلتزام بدفع الأجرة رأينا أنه يجب تكليف المستأجر بالوفاء بها فى جميع الحالات، هذا بالإضافة الى أحقية المستأجر فى توقى الحكم بالإخلاء من خلال الوفاء بالأجرة وملحقاتها قبل قفل باب المرافعة، بل أن الوفاء اللاحق لصدور الحكم يوقف تنفيذه، كما سنرى، أما فيما يتعلق بإساءة استعمال العين المؤجرة، فإن المشرع يشترط ثبوت ذلك بحكم قضائى نهائى.

فالمشرع وإن لم يصادر حق المتعاقدين فى الإتفاق على الشرط الفاسخ الصريح فى عقد الإيجار، إلا أنه أورد عليه قيوداً لمصلحة المستأجر منها ما يتصل بعدم إعمال الأثر الفورى لهذا الشرط وذلك بما أوجبه على المؤجر من تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة خلال مدة معينة وضرورة إثبات إساءة إستعمال العين المؤجرة بحكم قضائى نهائى، ومنها ما يتعلق بتفادى الأثر المترتب على الشرط وذلك بما اجازه للمستأخر من توقى الإخلاء بأداء الأجرة وملحقاتها.

ولنا أن نتساءل فى هذا الصدد عما إذا كان من الممكن، عملياً، فى ظل هذه القيود إعمال الإتفاق فى عقد إيجار المكان على فسخه تلقائياً دون حكم قضائى بذلك فى حالة إخلال المستأجر بإلتزامه بدفع الأجرة أو باساءة إستعمال العين المؤجرة.لا شك أنه يصعب تصور ذلك من الناحية العملية، مما يثير التساؤل عن قيمة الإتفاق على الشرط الفاسخ الصريح فى هذه الحالة. لاشك أن الشرط المذكور يفقد قيمته فى هذا الصدد، ولا

يبقى له من جدوى الا إعتبار الحكم الصادر بالفسخ كاشفاً وليس منشئاً كما عرضناً من قبل مع ما يترتب على ما ذلك من آثار.[١]

وتصبح بذلك سلطة القاضى فى تقرير الفسخ إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ فى حالة اساءة إستعمال العين المؤجرة مقيدة بصدور حكم قضائى نهائى بثبوت تلك المخالفة، فالمادة ١٨/د تنص على أنه يحكم بالإخلاد متى ثبت بحكم قضائى نهائى أن المستأجر إستعمل المكان أو سمح بإستعماله بطريق مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو فى أغراض منافية للآداب العامة.[٢]

وعلى ذلك لا يجوز الحكم بالإخلاء الا بعد صدور الحكم النهائى المثبت للإستعمال على النحو السابق، بل أن للقاضى أن يوقف دعوى الإخلاء الى حين الفصل فى المخالفة بحكم نهائى وذلك عملاً بالمادة ١٢٩ مرافعات[٣]. ويجب أن يكون الحكم صادراً من جهة قضائية، سواء كانت محكمة جنائية أو مدنية أو إدارية أو لجنة إدارية ذات إختصاص

---

(١) إنظر ما سبق ص ٣٣ .

(٢) من أمثلة الأستعمال المقلق للراحة فتح ورشة بالمكان تحدث ضوضاء شديدة، ومن أمثلة الإستعمال الضار بالصحة إستعمال المسكن لتربية الطيور أو الحيوانات، أما عن الإستعمال المنافى للآداب فمثاله إستعمال العين المؤجرة فى لعب القمار أو ممارسة الدعارة، محمد عزمى البكرى ص ٩٠٥.

(٣) أبو الوفا ص ٣٢٢، ولا يكفى مجرد إدعاء المؤجر بالمخالفة، ولا يجوز اللجوء الى أى طريق آخر لإثبات المخالفة (نقض ١٩٨٨/١١/٣٠ طعن ١٠٢٣ س٥٨ ق).

قضائى[١] .وينبغى أن يكون الحكم نهائياً[٢] وقاطعاً[٣] في ثبوت الإساءة فى الإستعمال[٤] فتكون له حجية الأمر المقضى فيما قطع فيه

(١) قارن العطار ص ٦٠٧، ولا يكفى مجرد صدور قرار إدارى فى هذا الشأن.

(٢) يكون الحكم المدنى نهائياً إذا لم يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية، أما الحكم الجنائى فيكون باتاً إذا لم يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية والطعن بالنقض:«...الا أنه لما كان الأمر يتعلق بالتقيد بحجية ذلك الحكم السابق صدوره بإعتباره وسيلة الإثبات الوحيدة فى هذا الصدد وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الأحكام الجنائية لا يكون لها حجية أمام القضاء المدنى إلا إذا كانت باتة بإستنفاذ طرق الطعن المتاحة على خلاف التقيد بحجية الأحكام المدنية التى يكتفى بشأنها أن تكون نهائية لإستنفاذ طرق الطعن العادية... نقض ١٩٨٩/٤/٣ طعن ٢٦٥ س٥٣ ق .

(٣) فلا يعد من هذا القبيل الحكم الصادر فى دعوى إثبات الحالة وهى دعوى إجراءات وقتية تحفظية يقوم بها صاحبها للمحافظة على حقه قبل الغير، والحكم الصادر فيها وقتى لا يحسم النزاع ولا تأثير له على الموضوع عند نظر الدعوى أو أصل الحق ولا يحوز أمامها قوة الشئ المقضى فيه. نقض ١٩٩٠/٤/٤ طعن ٢٨٩ س٥٦ ق.

(٤) ويجب أن يتضمن الحكم النهائى فى منطوقه أو فى أسبابه المرتبطة بمنطوقه إرتباطه وثيقاً ثبوت إساءة إستعمال العين على النحو المبين بالنص. محمد عزمى البكرى ص ٩١٠، مثال ذلك الحكم الصادر بالتعويض للمؤجر لما لحق العقار من أضرار نتيجة تسرب مياه الحديقة الملحقة بالشقة المؤجرة على النحو الثابت بتقرير الخبير، ولما كانت هذه المسألة التى فصل فيها الحكم القاضى بالتعويض بصفة نهائية هى بذاتها الأساس الذى يستند إليه المؤجر فى طلب الإخلاء لإستعمال المستأجر العين بطريقة ضارة بسلامة المبنى، إن مقتضى ذلك وجوب التقيد بما فصل فيه الحكم السابق صراحة فى أسبابه المرتبطة بالمنطوق إرتباطاً وثيقاً وإذا أخذ الحكم بتقرير الخبير محمولاً على أسبابه فقد اضحت هذه الأسباب جزءاً مكملاً لأسباب الحكم، ومن ثم فإن النزاع بشأن ثبوت الأضرار بسلامة المبنى يكون قد حسمه ذلك الحكم الذى حاز قوة الأمر المقضى فيه بين الخصوم أنفسهم (نقض ١٩٨٩/٢/٨ طعن ٢١٢٢ س٥٢ ق).

ولا يكفى مثلاً القضاء بالإدانة إستناداً لقانون النظافة العامة لثبوت الأضرار بالصحة العامة الموجب للإخلاء، نقض ١٩٩٠/١/١٥ طعن ٢٠٥ س٥٦ ق . وقد جاء فيه «... ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى الى تأييد الحكم المستأنف إستناداً الى أنه لا تلازم بين =

أمام محكمة الموضوع عند نظرطلب الإخلاء.[(١)]

والواقع أن إشتراط الحصول على حكم نهائى بثبوت سوء الإستعمال[(٢)] قد أدى عملاً الى نتيجتين:

الأولى: هى أن فسخ الإيجار لهذا السبب أصبح أمراً عسيراً، ولا يمكن الحصول عليه الا فى حالات نادرة.

الثانية: هى أن الشرط الفاسخ الصريح يصبح محدود الأثر فى هذا المجال، فإذا نص فى العقد على الفسخ دون حكم قضائى عند إساءة المستأجر إستعمال العين المؤجرة، فإنه لا يمكن إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند تحقق المخالفة، بل يلزم الإلتجاء الى القضاء للحصول على حكم نهائى بثبوت الإساءة فى الإستعمال.

وإذا ثبتت إدانة المستأجر بحكم قضائى نهائى، فإن الشرط الفاسخ يأخذ مفعوله ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم

= إدانة المطعون ضده فى الجنحة... لوضعه طيوراً بمسكنه وبين الأضرار بالصحة العامة إذ لم يتضمن الحكم الجنائى فصلاً فى ثبوت أن إستعماله العين المؤجرة مضر بالصحة ولم يتضمنه الوصف المقدم به للمحكمة، يكون قد إلتزم صحيح القانون» وصدور حكم جنائى نهائى بالإدانة لإدارة محل صناعى بدون ترخيص لا ينهض دليلاً على الإستعمال المنافى نقض ١٩٨٣/٣/٧ س٣٤ ص٦٤٥).

(١) نقض ١٩٨٩/١٢/١٧ طعن ٥٠٢ س٥٥ ق.

(٢) والجدير بالذكر فى هذا المقام أنه لا يكفى بطبيعة الحال صدور حكم بإثبات حالة العقار لأن ذلك لا يعنى ثبوت المخالفة بحكم نهائى (حمدى عبد الرحمن، شرح قوانين إيجار الاماكن ١٩٨٢ ص٤٣٦).

موضوعى يقرر الفسخ. ويمكن اللجوء الى القضاء المستعجل للحصول على حكم بطرد المستأجر إستناداً الى أن وجوده بالعين قد أصبح بلا سند.(١)

ويترتب على ذلك أيضاً أن إشتراط إنفساخ العقد بقوة القانون عند إخلال المستأجر بإلتزامه فيما يتعلق بإستعمال العين المؤجرة، لا يصح ولا يعمل به الا بصدد إساءة إستعمال العين على النحو المبين فى النص وبعد ثبوت ذلك بحكم قضائى نهائى، وفيما عدا ذلك فإن الشرط المذكور يقع باطلاًولا يكون له أثر، فإذا نص فى عقد الإيجار على أنه ينفسخ تلقائياً إذا إستعمل المستأجر العين المؤجرة إستعمالاً مخالفاً لشروط العقد المعقودة أو إستعملها فى غير الغرض الذى أجرت من أجله، فإن هذا الشرط لا يعمل به ويظل العقد قائماً الى أن تتحقق إحدى المخالفات المنصوص عليها فى المادة ١٨/د وتثبت بحكم قضائى نهائى(٢).

(١) محمد على راتب، محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، ط٧ س١٩٨٥ ص٦٣٣ .

وجدير بالذكر أنه من الناحية العملية «لابد للمؤجر من إستصدار حكم بالإخلاء ولو كان العقد يشتمل على شرط فاسخ صريح، إذ أن هذا الشرط لا ينفى أن الأخلاء هو أمر مادى قد يقتضى تنفيذاً جبرياً، بالرغم من وقوع الفسخ بقوة القانون، فلابد من حكم يصلح أداة لذلك التنفيذ الجبرى» سليمان مرقص جـ٢ ص٢٨٢ .

(٢) أنظر ما سبق ص ١٦٦ .

الفرع الثالث
توقى أعمال الأثر الفورى للشرط الصرح الفاسخ وتفادى آثاره

تقضى القواعد العامة بأنه متى وقعت المخالفة التى وضع الشرط الصريح الفاسخ كجزاء لها، وتمسك الدائن بإعماله، فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه، ولا يستطيع المدين توقى الفسخ بعرض تنفيذ الإلتزام، فالوفاء اللاحق يكون عديم الأثر وليس من شأنه أن يعيد العقد بعد إنفساخه، أو يمنع ترتيب آثار الفسخ كاملة، ولا تكون للقاضى سلطة تقديرية فى صدد الفسخ، ولا يبقى له فى إعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً الا التحقق من حصول المخالفة.(١)

وبإعمال تلك القواعد على عقد الإيجار نجد أنه إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً كجزاء لإخلال المستأجر بإلتزاماته، وأساء الأخير إستعمال العين المؤجرة وثبت ذلك بحكم قضائى نهائى، أو قام بالتنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن دون موافقة المؤجر، فإن العقد ينفسخ، ولا يستطيع المستأجر تفادى الحكم بالإخلاء إذا بادر الى إزالة سبب المخالفة من بعد أو عمد الى تصحيح الوضع(٢)، ويتعين على المحكمة أن تقرر الفسخ وإخلاء المكان دون أن يكون لها سلطة تقديرية فى ذلك.(٣)

---

(١) أنظر ما سبق ص ٤٢ .

(٢) نقض ١٩٧٩/٢/٧ س٣٠ ص٤٩١ .

(٣) نقض ١٩٨٧/٤/١٣ طعن ١٢٧٧ س٥٠ ق .

بل أن محكمة النقض ذهبت الى إعمال تلك المبادئ ولو لم يتضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً، حيث يستند فسخ الإيجار وإخلاء المكان فى هذه الحالات الى إرادة المشرع لتعلق الأمر بالنظام العام، وتعبر عن ذلك بقولها «... يتعين على المحكمة أن تقضى بفسخ الإيجار وإخلاء المكان دون أن يكون لها سلطة تقديرية فى ذلك لأن حق المؤجر فى الإخلاء ينشأ بمجرد وقوع المخالفة، فالحكم بالفسخ هنا مطلق تقع نتيجته بمجرد قيام سببه، وذلك سواء نص عليه في عقد الإيجار أو لم ينص، وسواء طلب المؤجر إعمال نص القانون أو العقد، إذ يستند الإخلاء فى هذه الحالة الى إرادة المشرع وليس الى إتفاق الطرفين وذلك لتعلق التشريع بالنظام العام.(١)

خرج المشرع على تلك المبادئ بصدد الإلتزام بدفع الأجرة، حيث أجاز للمستأجر من ناحية تفادى الأثر المترتب على الشرط الصريح الفاسخ من

---

(١) نقض ١٩٨٤/٥/١٠ طعن ١٦٢ س٤٩ ق .

يتفق هذا القضاء مع روح التشريع حيث ورد فى تقرير لجنة الإسكان والمرافق والتعمير بمجلس الشعب عن القانون ١٩٧٧/٤٩ «... على أن الأمر أولاً وأخيراً بيد القضاء الذى إذا صدر منه حكم نهائى كان الإخلاء وجوبياً.

وبذلك تكون محكمة النقض قد عدلت عن قضائها السابق الذى قررت فيه «مفاد المادة ٢٣ حـ من القانون ١٩٦٩/٥٢ المنطبقة على واقعة الدعوى. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة.. أن للمؤجر الحق فى طلب إخلاء المستأجر بمجرد إستعمال المكان المؤجر إستعمالاً ينافى شروط العقد، إلا أن هذا النص جاء خلوا مما يقيد سلطة القاضى التقديرية، ولم يفرض عليه الحكم بالإخلاء إذا توافر سبب من أسباب التى حددت شروطها فيه...» نقض ١٩٧٧/٢/٢٣ طعن ٣٤٨ س٤٣ ق، وإنظر فى تأييد ذلك الإتجاه محمد عزمى البكرى، الموسوعة ص ٦٩٤ .

توقى الإخلاء بأداء الأجرة وفوائدها والمصاريف قبل إقفال باب المرافقة، ومن ناحية أخرى توقى تنفيذ الحكم الصادر بالطرد إعمالاً للشرط المذكور بسداد الأجرة والمصاريف والأتعاب.

(أ) توقى إعمال الشرط الصريح الفاسخ بسداد الأجرة:

طبقاً لنص المادة ١٨/ ب من القانون ١٩٨١/١٣٦ «...لا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى بأداء الأجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية».(١)

فالمشرع وإن رتب للمؤجر الحق فى إخلاء المستأجر لمجرد إنقضاء خمسة عشر يوماً من تكليفه بوفاء الأجرة المستحقة دون الوفاء بها، إلا أنه رغبة فى التيسير على المستأجرين أفسح لهم مجال الوفاء بالأجرة المتأخرة حتى تاريخ قفل باب المرافعة فى الدعوى بحيث أصبح قيام المستأجر بوفاء الأجرة ومحلقاتها قبل إقفال باب المرافعة يسقط حق المؤجر فى الإخلاء ويمنع المحكمة من الحكم به(٢)،أى أن الوفاء اللاحق

---

(١) جاء النص خالياً من الفوائد التى كان يشملها القانون ١٩٦٩/٥٢، إتجاهاً من المشرع الى مناهضة الفوائد والنزوع الى إستنكار الربا والإستغناء عن تعاطيه أخذاً بما تمليه مبادئ الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد وإتساقاً مع ما نصت عليه المادة الثانية من الدستور من إعتبار هذه المبادئ مصدراً رئيسياً للتشريع (نقض ١٩٨٤/١/٢٣ س٣٥ ص٢٦٧).

ويلاحظ أن المكنة الواردة بالنص يرد عليها تحفظ هام مؤداه أنه «إذا تكرر إمتناع المستأجر أو تأخره فى الوفاء بالأجرة المستحقة دون مبررات تقدرها المحكمة حكم عليه بالإخلاء أو الطرد بحسب الأحوال» نفس النص.

(٢) نقض ١٩٨٨/٥/١١ طعن ٢٤٣ س٥٢ ق : «...أما سداد المستأجر الأجرة المتأخرة وملحقاتها بعد إقامة الدعوى فهو مسقط لحق المؤجر فى طلب الإخلاء بما يوجب رفضها لا القضاء =

بالإلتزام فى هذه الحالة يوقف اعمال الشرط الصريح الفاسخ.

بل أن محكمة النقض قد ذهبت الى أبعد من ذلك وقضت ببطلان الشرط الصريح الفاسخ لتعارضه مع نص قانونى متعلق بالنظام العام، ولا يعمل به فيما لا يوافق حكم النص سواء كانت الدعوى مرفوعة أمام القضاء الموضوعى أو المستعجل، إذ أن الشرط المذكورلا يتحقق الا بتحقق مقتضاه، فإن كان المقتضى هو التأخير فى سداد الأجرة تعين أن يكون بالمعنى الذى وضعه الشارع. ومن ثم لا يقع الفسخ ولا يحكم بالإخلاء إذا سدد المستأجر الأجرة وملحقاتها قبل قفل باب المرافعة.(١)

ويستطيع المستأجر توقى الفسخ بسداد الأجرة والمصاريف والنفقات حتي تاريخ إقفال باب المرافعة أمام محكمة أول درجة وأمام محكمة الإستئناف أيضاً(٢).وتنتهى المرافعة فى الدعوى بإنتهاء ميعاد المرافعة الشفوية أو الكتابية. ويعد باب المرافعة مقفولاً اذا أصدرت المحكمة قراراً يثبت ذلك أو إذا قررت فى جلسة ختام المرافعة تحديد جلسة النطق بالحكم(٣)

= بعدم قبولها » نقض ١٩٨٧/٢/٥ طعن ٧٩٨ س٥٦ق (أبو الليل ص ٣٢٠) قارن عكس ذلك سليمان مرقص جـ٢ ص٧٣ ، ٨٣ حيث يرى أن النص لا يسرى فى حالة وجود شرط فاسخ صريح فى العقد، لأن حكمه يتنافى مع وجود الشرط وإعمال أثره.

(١) نقض ١٩٨٥/٥/٢٣ طعن ٢٠٢٧ س٥٤ق .

(٢) نقض ١٩٨١/١/٢٤ س٣٢ ص٢٥١، نقض ١٩٨٨/٥/١١ طعن ٢٤٣ س٥٢ق (السابق) وقد ورد فيه «... وإذا جاءت صياغة المادة عامة مطلقة فإنه لا يجوز قصر نطاقها على باب المرافعة أمام المحكمة الإبتدائية دون محكمة الإستئناف لأن ذلك يعتبر تقييداً لمطلق النص وتخصيصاً لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز» عكس ذلك سليمان مرقص جـ٢ ص٥٧ .

(٣) أبو الوفا، نظرية الأحكام فى قانون المرافعات ط٣ ص٦٦ وما بعدها.

وفى حالة الترخيص للخصوم بتقديم مذكرات ومستندات فى فترة حجز القضية للحكم بقفل باب المرافعة بإنتهاء الأجل الذى حددته المحكمة للخصم ليقدم فيه مذكرته أو مستنداته.[١]

وحق المستأجر فى توقى الفسخ (الإخلاء) لا يحول دونه صدور حكم بالإخلاء من القضاء المستعجل، كمالا يحول دونه تنفيذ ذلك الحكم[٢]. فالحكم الذى يصدر من القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة للتأخير فى وفاء الاجرة لا يقيد محكمة الموضوع وذلك لإنعدام حجية هذه الأحكام أمام قاضى الموضوع، بحسبان أن إختصاص القضاء المستعجل يقتصر على إتخاذ إجراء وقتى مبناه ظاهر الأوراق ولا يمس أصل الحق، والحكم الموقوت بطرد المستأجر لا يحول دون حقه فى الإلتجاء الى محكمة الموضوع للفصل فى أصل النزاع بإعتبارها صاحبة الولاية العامة فى المنازعات المدنية والتجارية والتى أولاها المشرع الإختصاص فى الأنزعة الناشئة عن تطبيق قانون إيجار الأماكن[٣]. فإذا طرح المستأجر النزاع أمامها فلها أن تعيده الى العين المؤجرة اذا ما أوفى

(١) نقض ١١/٦/١٩٨٠ س٣١ ص١٧٥٤، نقض ٢٦/٤/١٩٨٩ طعن ١٨٤٤ س٥٤ق .

(٢) والجدير بالذكر أن إخلاء المستأجر تنفيذاً للحكم المستعجل بطرده ، وقبل وقف تنفيذه بالحكم النهائى، لا يخرج عن كونه عقبة مادية لإنتزاع حيازة المستأجر قسراً مما لا يزيل تلك الحيازة قانوناً وتكون له الأفضلية على مستأجر آخر للعين ولو كان حسن النية: نقض ٥/٣/١٩٨٠ طعن ٥٦٥ س٤٩ق .

(٣) نقض ١٨/١١/١٩٧٨ س٢٩ ص١٧١٣ .

الأجرة المستحقة عليه والمصاريف والنفقات الفعلية الى المؤجر[1] قبل إقفال باب المرافعة، لا يغير من ذلك النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٨ ب من القانون ١٩٨١/١٣٦ على عدم تنفيذ حكم القضاء المستعجل بالطرد اذا ما سدد المستأجر الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم إذ قصارى ما تهدف إليه هو إعطاء هذه الفرصة للمستأجر لتوقى التنفيذ دون أن تضع شرطاً بأن يتم السداد قبل التنفيذ لأعمال حكم الفقرة الأولى من هذه المادة بتوقى الحكم بالإخلاء بسداد الأجرة وملحقاتها قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى أمام محكمة الموضوع، كما لا ينال من ذلك الإتفاق على وقوع الفسخ عند التخلف عن سداد الأجرة لمخالفة ذلك لنص آمر متعلق بالنظام العام فى قانون إيجار الأماكن.[2]

(ب) تفادى آثار الشرط الصريح الفاسخ بسداد الأجرة:

طبقاً لنص المادة ١٨/ ب من القانون ١٩٨٦/١٣٦ « ... ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة بسبب التأخير فى سداد الأجرة إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح اذا ما سدد المستأجر الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم بشرط أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر.[3]

---

(١) فإذا تعنت المؤجر ورفض إستلام الأجرة، فللمستأجر أن يقوم بإجراءات العرض والإيداع بخزانة المحكمة، نقض ١٩٨٣/٣/١٤ س٣٤ص ٦٧٩ .

(٢) نقض ١٩٩٠/٤/٢٣ طعن ٥٨ س٥٦ ق .

(٣) إلا إذا كان هذا الحكم المستعجل الذى يجرى تنفيذه ضد المستأجر قد صدر بطرده =

اذا ورد فى عقد الايجار شرط صريح فاسخ ينص على الفسخ، دون حاجة الى إنذار أو حكم، عند التأخير فى دفع الأجرة، فإن هذا الشرط يخول المؤجر التمسك بوقوع الفسخ بمجرد تأخر المستأجر في سداد الأجرة[١]، وتتغير صفة يده على العين من يد مستأجر الى يد غاصب لزوال سند إجارته، ويثبت إختصاص القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين لتوافر شرط الإستعجال نتيجة للضرر الذى يلحق المؤجر بسبب بقاء العين تحت يده.[٢]

وإذا أصدر القاضي المستعجل حكماً بطرد المستأجر من العين المؤجرة، فإن هذا الأخير يستطيع توقى تنفيذ الحكم إذا قام بسداد الأجرة والمصاريف والأتعاب، وقد تغيا المشرع من ذلك حماية المستأجر من حكم يصدر إستناداً الى ظاهر الأوراق دون التطرق الى الفصل فى الموضوع، ولتأكيد تلك الحماية اشترط النص لتنفيذ الحكم أن يتم التنفيذ فى مواجه المستأجر بمعنى وجوب إعلان الصورة التنفيذية لشخصه[٣]،

= «لتكرار» إمتناعه أو تأخيره فى سداد الأجرة، فإن السداد لا يكفى بذاته لوقف تنفيذ الحكم المذكور (محمد على راتب وآخرون ٦٨٣).

(١) ويتحقق التأخر ولو أودع المستأجر جزءاً من الأجرة، فالوفاء الجزئى لا يبرأ ذمة المستأجر ويتحقق معه الشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه فى عقد الإيجار (الدعوى رقم ١٣٤٧ لسنة ١٩٨٢ مستأنف مستعجل القاهرة جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢ مشار إليه فى مصطفى مجدى هرجه، أحكام وآراء فى القضاء المستعجل ط١٩٩٢ ص١٣٨).

(٢) عز الدين الناضورى وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ١٩٨٦، ص٢٣٧ .

(٣) وذلك خروجاً على حكم القواعد العامة التى تجيز إعلان السند التنفيذى لشخص المدين أو فى موطنه الأصلى (م١/٢٨١ مرافعات).

لضمان عدم صدور الحكم وتنفيذه فى غيبته وحتى تتاح له فرصة الإستفادة من مكنة توقى الطرد بسداد الأجرة وملحقاتها.

ويتم توقى تنفيذ الحكم بالطرد بسداد الأجرة وملحقاتها فى الغالب عن طريق الإستشكال فى التنفيذ.[١] وتمتد فرصة هذا السداد حتى بعد صدور الحكم المستعجل وتنفيذه، حيث يستطيع المستأجر أن يستأنف حكم الطرد ويسددالأجرة والمصاريف والأتعاب قبل قفل باب المرافعة فى الإستئناف، وعندئذ يزول الإستعجال ويحكم بعدم إختصاص القضاء المستعجل نوعياً بنظر الدعوى[٢] ويصبح بذلك تنفيذ حكم الطرد قبل

(١) بكرى ص ٧١٠ ويجوز للمستأجر عرض الأجرة سواء أمام المحضر القائم بالتنفيذ أو أثناء نظر الأشكال بل يجوز أيضاً أن يقوم بعرضها فى الأستئناف» (الدعوى ٢٣/٣ لسنة ١٩٨١ مستأنف مستعجل القاهرة، جلسة ١٧/١٠/١٩٨٢).

(٢) العطار ص ٥٢٢، سليمان مرقص جـ٢ ص٨٩ والقضاء المشار اليه، وينتقد الفقيه القضاء المذكور حيث يرى أن سداد الأجرة أثناء نظر الإستئناف ليس من شأنه التأثير على إختصاص القضاء المستعجل بالطرد الذى يتحدد وقت رفع الدعوى- فضلاً عن مخالفة هذا الرأى لصريح النص وما إستقرت عليه محكمة النقض (١٩٨٢/٢/٨ طعن ٧/٨٨ س٤٨ ق مرقص ص٧٨ هـ١٥٨) فإنه يجافى منطق القواعد العامة التى تقضى بأن إستئناف الحكم ينقل الدعوى برمتها حيث تنظر من جديد أمام محكمة الإستئناف وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه «يتعين أن يتوافر الإستعجال بداءة ونهاية أمام محكمة أول درجة وأمام محكمة ثانى درجة فإذا إنتفى شرط الإستعجال فى أى مرحلة ولو أمام محكمة ثانى درجة بالرغم من توافره أمام محكمة أول درجة يتعين القضاء بعدم اختصاص القضاء المستعجل نوعياً بنظر الدعوى ومن ثم وإذا كان البادى سداد المستأجر للأجرة المتأخرة بعد صدور الحكم المستأنف القاضى بطرده الأمر الذى ينتفى معه وجه الإستعجال المبرر لإختصاص القضاء المستعجل (الدعوى رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٨٢ مستأنف مستعجل القاهرة جلسة ١٦/١٠/١٩٨٢ فى مصطفى هرجه ص١٣٧).

الفصل فى الإستئناف سلباً لحيازة المستأجر يختص القضاء بردها. (١)

وللمستأجر كذلك أن يتجاهل الحكم المستعجل الصادر بالطرد ويرفع دعوى بتمكينه من العين المؤجرة أمام محكمة الموضوع، فالحكم الصادر من القضاء المستعجل لا يقيد محكمة الموضوع إذا ما طرح النزاع أمامها من المستأجر فلها أن تعيده الى العين المؤجرة إذا ما أوفى الأجرة وملحقاتها الى المؤجر قبل إقفال باب المرافعة أمامها. (٢)

وإذا كان من السهل على المستأجر توقى تنفيذ حكم الطرد الصادر إستناداً الى الشرط الصريح الفاسخ على هذا النحو، فإن التساؤل يثور حول قيمة هذا الشرط، ذهب البعض الى أن المشرع لم يقصد إهدار الشرط المذكور الذى ينبغى على محكمة الموضوع إعماله وفقاً للقواعد العامة، بل قصد فقط تمكين المستأجر من توقى حكم الطرد الصادر من القضاء المستعجل إستناداً الي ذلك الشرط، وقد بدا هذا القصد واضحاً

(١) نقض ١٩٨٨/١/٢٠ طعن ٨٨٢ س٥٠ق، نقض ١٩٨٩/٤/١٠ طعن ٢٠٠٨ س٥٢ ق.
فإذا قضت المحكمة الإستئنافية بالغاء الحكم المستعجل الصادر بطرد المستأجر للتأخر فى الوفاء بالأجرة ترتب على ذلك زوال الحكم المستأنف بكافة الآثار المترتبة عليه وإعادة الحال الى ما كانت عليه قبل الحكم بالطرد وذلك بتمكين المستأجر من العين المؤجرة (نقض ١٩٨٢/٤/٧ طعن ٢٢ س٤٨ق).

(٢) نقض ١٩٨٨/٦/٢٣ طعن ٢١٤٤ س٥١ق ، إنظر ما سبق ص ١٧٤ .
فلا يعيب الحكم إهماله الشرط الصريح الفاسخ فى المنازعة الموضوعية المعروضة عليه وإعماله لقانون إيجار الأماكن بغض النظر عما يكون قد صدر من حكم وقتى من القضاء المستعجل بطرد المستأجر.
(نقض ١٩٨٢/٢/١١ طعن ٥٧٦ س٥١ق).

فى كل من القانونين ٤٩/١٩٧٧، ١٣٦/١٩٨١ حيث تم تنظيم الشرط بقصد إعماله من حيث المبدأ مع توقى حكم الطرد الصادر كأثر له.[١]

يخالف الرأى السابق صريح نصوص قانون إيجار الأماكن ذات الطبيعة الآمرة والتي تعد خروجاً على حكم القواعد العامة، وهذا ما أكدته بوضوح محكمة النقض إستمراراً لقضائها السابق[٢]، ومن ثم يقف مفعول الشرط الصريح الفاسخ ولا يعمل به الا فى حدود الضوابط التى أوردها المشرع[٣] ويصبح عديم الجدوى بمناسبة الإلتزام بدفع الأجرة.

وبناءاً عليه اذا قام المستأجر بسداد الأجرة عند تنفيذ الحكم بالطرد، فإن ذلك يوجب الحكم برفض الدعوى الموضوعية التي يقيمها المؤجر بالفسخ والإخلاء إستناداً الى تحقق الشرط الصريح الفاسخ بمجرد إمتناع المستأجر عن سداد الأجرة، فالمشرع قد حدد مفهوم الإمتناع عن سداد الأجرة بحكم آمر مؤداه أن الإمتناع لا يتحقق الا بإستمراره حتى تاريخ قفل باب المرافعة فى الإستئناف وحتى لحظة تنفيذ الحكم الصادر بالطرد من القضاء المستعجل.

والحكم الصادر بالفسخ والإخلاء من محكمة الموضوع لا يجوز توقى تنفيذه بسداد الأجرة إذا أصبح إنتهائياً، حيث تنتهى فرصة المستأجر لتوقى صدوره باداء الأجرة وملحقاتها بقفل باب المرافعة فى الإستئناف،

---

(١) سليمان مرقص حـ٢ ص٨١، الجمال ص ٥٥٠ .

(٢) نقض ٢٣/٤/١٩٩٠ طعن ٥٨ س٥٦ ق (السابق).

(٣) نقض ٢٥/٧/١٩٩٠ طعن ١٩٠ س٥٦ ق (السابق).

وذلك بخلاف الحكم المستعجل بالطرد حيث يجوز للمستأجر تفادى تنفيذه بسداد الأجرة نظراً لأنه ذو حجية مؤقتة كما رأينا.

الفرع الرابع
اختصاص القضاء المستعجل باعمال الشرط الصريح الفاسخ فى الايجار الخاضع لقانون إيجار الأماكن

تقضى القواعد العامة بإختصاص القضاء المستعجل بطرد المستأجر الذى ينتهى عقده خيث يصبح فى حكم الغاصب لأن وضع يده على العين يكون بلا سند قانونى، الا أن ذلك الإختصاص مشروط بتوافر ركن الإستعجال، وعدم المساس بأصل الحق فى الدعوى، ويتحقق الإستعجال من بقاء المستأجر فى العين بغير سند وما يترتب على ذلك من حرمان المؤجر من حقه فى الإنتفاع بالعين[١]، ويحب على القاضى التحقق من جدية القول بإنقضاء العقد وذلك بفحص ظاهر المستندات، فإذا أثيرت منازعة فى هذا الشأن وتبين جديتها قضى بعدم إختصاصه[٢]، كما لو

(١) محمد على راتب وآخرون ص ٧١٠ .

ويجرى القضاء على أن المقصود بالإستعجال هو الخطر المحدق بالحق والمطلوب رفعه بإجراء وقتى لا تُسعف فيه إجراءات التقاضى العادية ومن ثم فإن تخلف صاحب الحق عن إقامة الدعوى لمدة طويلة أمر يزيل عنها صفة الإستعجال وهو الركن المبرر لإختصاص القضاء المستعجل وطول هذه المدة أو قصرها أمر متروك لتقدير قاضى الأمور المستعجلة يستظهره من واقع ظروف الدعوى وملابساتها من ظاهر الأوراق والمستندات (الدعوى رقم ١٩٨٣/٢٢٣ مستأنف مستعجلة القاهرة جلسة ١٩٨٣/٣/١٩ فى مصطفى هرجه ص ١٦٦).

(٢) الديناصورى وعكاز ص ٢٣٤ .

تبين أن العقد ممتد لخضوعه لقانون إيجار الإماكن.

وقد ينقضى عقد الإيجار بإعمال الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه كجزاء لإخلال المستأجر بإلتزاماته، ولا تثور صعوبة في هذا الصدد بشأن الإيجار العادى، حيث يعمل القاضى الشرط المذكور، طبقاً للقواعد العامة، بعد التحقق من وقوع المخالفة، أما بالنسبة للايجار الخاضع لقانون ايجار الأماكن، فإن إعمال ذلك الشرط مقيد بأن يجيز القانون المذكور الطرد عند تحقق المخالفة، فأسباب الإخلاء محددة على سبيل الحصر فى هذا القانون، وينبغى من جهة أخرى أن يكون إعمال الشرط وفقاً للضوابط التى وضعها المشرع[١]. فإذا ثار نزاع جدى بهذا الصدد فإن القاضى المستعجل يقضى بعدم إختصاصه بنظر الدعوى.[٢]

وعلى ذلك يختص القضاء المستعجل بطرد المستأجر إذا ثبتت واقعة

---

(١) إنظر ما سبق ص ١٥٤ .

(٢) وقضى بأنه « .. يجب أن تكون المخالفة ثابتة بثبوت يقينى من ظاهر أوراق الدعوى ومستنداتها دون ما شك أو تأويل أما إذا كانت الأوراق والمستندات قاصرة وغير مفصحة عن تلك الواقعة ففى تلك الحالة يكون القضاء بالطرد مساس بأصل الحق ولما كان ذلك وكان من المقرر أنه ليس بالقول وحده تثبت المخالفة بل لابد من إقامة الدليل الظاهر عليها وإذا كان المدعى قد إكتفى بالقول بوقوع المخالفة دون أن يقدم ثمة دليل على ذلك ومن ثم لا تستبين المحكمة من ظاهر الأوراق وثبوت المخالفة ثبوتاً يقينياً وأنه لابد للوصول الى ذلك من تحقيق موضوعى هو على هذه المحكمة محرم وممنوع لمساسه بأصل الحق الذى تخرج فيه المنازعة عن دائرة الإختصاص النوعى للقضاء المستعجل (الدعوى رقم ٥٧٦/ ١٩٨٠ مستعجل جزئى القاهرة جلسة ٤/٣/١٩٨٠ فى مصطفى هرجه ص١٦٥).

تنازله عن الإيجار أو تأجيره من الباطن[١]، وينتفى هذا الإختصاص إذا ثار نزاع جدى حول وقوع المخالفة، كما لو أثبت المؤجر أن المقيمين بالعين هم من أفراد أسرته، وإن له الحق فى التنازل عن الإيجار لوجود إذن كتابى صريح من المالك. ويختص القضاء المستعجل كذلك بالطرد إذا ثبت بحكم قضائى نهائى أن المستأجر إستعمل المكان أو سمح بإستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو فى أغراض منافية للآداب العامة.[٢]

ويختص القضاء المستعجل كذلك بنظر دعوى طرد المستأجر من المكان إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ عند تأخره عن الوفاء بالأجرة[٣]، ولكن

---

(١) وقد قضى بأنه يشترط لإختصاص القضاء المستعجل بطرد المستأجر المخالف لنصوص القانون والعقد بتأجيره العين من الباطن عدة شروط هى:

١- أن يكون هناك عقد إيجار مكتوب ينص فيه على أن وقوع تلك المخالفة أمر موجب للفسخ.

٢- أن يقوم المستأجر بتأجيره المكان من الباطن بدون إذن كتابى وصريح من المؤجر.

٣- ألا يكون التأجير من الباطن بموجب نص فى قانون إيجار الأماكن كما فى حالة تبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر. وللمالك إثبات واقعة التأجير من الباطن بكافة طرق الاثبات ويترتب على ثبوت المخالفة فسخ الإجارة الأصلية وإخلاء العين المؤجرة من المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن وينشأ حق المالك بمجرد وقوع المخالفة ولا ينقضى بإزالتها كما ذهبت محكمة النقض فى الطعن ٤٤/٤٧ ق بجلسة ١٩٧٨/١/١١ والى جانب تلك الشروط يضاف اليها فى نطاق الدعاوى المستعجلة توافر وجه الإستعجال وثبوت المخالفة ثبوتاً يقينياً من ظاهر الأوراق والمستندات (نفس الموضع).

(٢) إنظر فى عرض تلك الأحكام مؤلفات قانون الإيجار ومنها مؤلفنا: أحكام قانون الإيجار، الإسكندرية ٢٠٠٣ .

(٣) ويستقر القضاء المستعجل على أن قاضى الأمور المستعجلة لا يختص بفسخ عقد الإيجار لأن الفسخ مسألة موضوعية يختص بها قاضى الموضوع، ولكنه يختص بطرد المستأجر المتأخر =

يجب أن يسبق رفع الدعوى بخمسة عشر يوماً على الأقل تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة حتى ولو كان متفقاً فى العقد على أنه يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى إنذار(١).فإذا قام المستأجر بسداد الأجرة وملحقاتها قبل قفل باب المرافعة زال ركن الإستعجال، وتقضى المحكمة بعدم الإختصاص بنظر الدعوى(٢) . فاذا رفعت الدعوى من جديد أمام محكمة الموضوع تعين الحكم برفضها ، فسداد الأجرة، طبقاً لصريح النص، يمنع الحكم بالفسخ لهذا السبب حتى مع وجود الشرط الصريح الفاسخ.(٣)

= فى سداد الأجرة إذا استبان له من ظاهر المستندات وجود عقد إيجار مكتوب يتضمن بين بنوده الشرط الفاسخ الصريح وتشير الأوراق الى تحققه من خلال جدية القول بتأخير المستأجر فى سداد الأجرة، هذا بالإضافة الى توافر شرطى إختصاصه المنصوص عليهما بالمادة ٥٤ من قانون المرافعات وهما ضرورة توافر الإستعجال فى الدعوى وعلى الا يمس المطلوب بأصل الحق (القضاء المشار إليه فى مصطفى هرجه ص ١٣٦).

ويرى الفقه أن السبب فى إختصاص القضاء المستعجل فى هذه الحالة هو أن المستأجر بقبوله الشرط الصريح الفاسخ مقدماً يعتبر موافقاً ضمناً على تغيير صفة يده على العين (عند تحقق الشرط) من يد مستأجر الى يد غاصب يدخل فى ولاية القضاء المستعجل الحكم بطرده، ويتوفر الإستعجال فى هذه الحالة من الضرر الذى قد يلحق بحقوق المؤجر فيما يستجد من الأجرة إذا ظل المستأجر واضعاً اليد على العين بلا سبب أو صفة قانونية بعد حصول الفسخ بقوة القانون، ويجب لذلك درء الضرر بطرد المستأجر من العين بحكم القضاء المستعجل حتى يتمكن المؤجر من إستغلالها بالتأجير لشخص اخر تربطه معه علاقة قانونية صحيحة» راتب وآخرون ص ٦٦٣ .

(١) انظر ما سبق ص ١٥٩ .

(٢) الدناصورى وعكاز ص ٢٤٣ .

(٣) إنظر ما سبق ص ١٧٤ .

وطبقاً للقواعد العامة فى المرافعات لا يتأثر إختصاص القضاء المستعجل بطرد المستأجر إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ، برفع الدعوى الموضوعية لنفس السبب. ويستوى أن ترفع الدعوى المستعجلة قبل إقامة الدعوى الموضوعية أو أثناء نظرها أو بعد صدور الحكم الإبتدائى فيها(١). ولا يحكم القاضى المستعجل بعدم إختصاصه بالطرد الا إذا تبين له جدية النزاع المعروض أمام قاضى الموضوع(٢)، فهو لا يختص بما قد يثور من نزاع حول مدى خضوع العين لقانون إيجار الأماكن أو حول مدى إستحقاق الأجرة مقدارها(٣)

(١) فإختصاص محكمة الموضوع بالدعوى الموضوعية، لا ينفى إختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة، بل ويجوز إقامة دعوى الطرد أمام محكمة الموضوع عملاً بالمادة ٤٥٥ مرافعات، وعلى سبيل التبع للدعوى الموضوعية (أبو الوفا ص ٢٩٨).

(٢) فقد قضى بإن إقامة المستأجر منازعة موضوعية فى القيمة الإيجارية ليس بذاته دليلاً كافياً على جدية المنازعة الحاجبة لإختصاص القضاء المستعجل بالطرد وخصوصاً أن الأوراق فى ظاهرها تشير الى أن النزاع الموضوعى المقام ما هو الا بهدف خدمة مساندة المستأجر أمام القضاء المستعجل (الدعوى رقم ٢٨٩ لسنة ١٩٨٢ مستأنف مستعجل القاهرة جلسة ١٩٨٣/٣/١٩ مشار إليه فى مصطفى مجدى هرجه ص١٣٧) «ومن المستقر عليه أن مجرد النزاع فى مسألة موضوعية لا يدعو الى عدم إختصاص القضاء المستعجلة فله أن يقدر جدية النزاع (الدعوى رقم ٨٩٥ لسنة ١٩٨٣ مستأنف مستعجل القاهرة جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢ نفس الموضع).

(٣) «فإذا ما أثيرت منازعة سواء فى توافر الشرط الفاسخ الصريح من عدمه أو فى القيمة الإيجارية أو حول أحقية أى من مدعى الملكية فى إستلام الأجرة أو كانت الأوراق مشيرة الى جدية تلك المنازعة يتعين عليه القضاء بعدم الاختصاص نوعياً بنظر الدعوى لأن في قضائه بالطرد والحال كذلك مساس بأصل الحق، الذى يجب تركه لقضاء الموضوع يتناضل فيه أصحاب الشأن (الدعوى رقم ١٩٣١ لسنة ١٩٨٢ مستأنف مستعجل القاهرة جلسة ١٩٨٣/٤/٣٠ نفس الموضع).

يتضح مما سبق أن وجود الشرط الصريح الفاسخ فى العقد وإن كان يفقد القاضى السلطة التقديرية فى الحكم بالفسخ ويقصر دوره على التحقق من مجرد وقع المخالفة، إلا أن هذا الدور يزداد تضاؤلاً فى قانون إيجار الأماكن حيث يرسم نطاق المخالفات التى يجوز الفسخ بسببها، ويحدد ضوابط معينة وشروطاً محددة لاعماله، ومن الناحية النظرية فإن ذلك التحديد يمكن أن يسهل مهمة القاضى المستعجل فى إعمال الشرط الفاسخ، إلا أنه من الناحية العملية يتردد كثيراً فى الحكم بالطرد نظراً لخطورته حيث يثير المستأجر كثيراً من المنازعات بصدد المخالفة موضوع الدعوى، مما يؤدى فى النهاية الى عرض الامر برمته أمام قاضى الموضوع.

المبحث الثانى

حكم الشرط الصريح الفاسخ فى الإيجار الزراعى

تمهيد:

يتسم التنظيم الذى أورده قانون الإصلاح الزراعى لكل من الإيجار الزراعى والمزارعة فى جملته بالطبيعة الآمرة، شأنه فى ذلك شأن قانون إيجار الاماكن، وتندرج أحكامهما، بصدد تنظيم تلك العقود، فى نفس الإطار وتهيمن عليهما فلسفة واحدة خاصة فيما يتعلق بإنهاء العقد، فعقد الإيجار، وفقاً لتلك التشريعات، يظل قائماً بحكم القانون، وهذا هو الإمتداد القانوني لمصلحة المستأجر. ولا يجوز للمالك إخلاء المستأجر أو المزارع الا لأحد الأسباب الواردة على سبيل الحصر وطبقاً للضوابط القانونية المحددة.(١)

وعلى ذلك فإن دور الشرط الصريح الفاسخ يبدو ضئيلاً فى هذا المجال، كما هو الحال بصدد قانون ايجار الأماكن، ويمكن القول بصفة عامة بأن الأحكام القانونية والمبادئ القضائية السابق عرضها بمناسبة

---

(١) ونفس الحكم فى القانون الفرنسى حيث تحدد المادة ٨٣٠ من القانون الزراعى حالات إخلال المستأجر بإلتزاماته التى يجوز فيها للمالك أن يطلب فسخ العقد وعلى القاضى أن يحكم بالفسخ إذا ما توافرت الشروط القانونية التى رسمها المشرع لذلك، ومن ثم فإن الشرط الصريح الفاسخ لا يعمل به، ولا يقع الفسخ الا بحكم القاضى طبقاً للأحكام الامرة الواردة فى هذا الصدد R.Savatier, Manuel juridique des baux ruraux. 2eme éd. n. 172 soc. 17 nov. 1955, J.C.P. 1956 ed. n. 11. 9197-12 Jan. 1956, Bull. civ. 1956. 1v. n31.

ايجار المكان هى التى تطبق على كل من الإيجار الزراعى والمزارعة، لذا نحيل إليها بصفة أساسية، ونكتفى هنا بالتذكير بتلك الأحكام مع الأشارة الى القواعد الخاصة الواردة فى قانون الإصلاح الزراعى.

وجدير بالذكر أن حديثنا عن الإيجار الزراعى ينصرف بدوره الى المزارعة حث تخضع لنفس أحكامه، خاصة فيما يتعلق بقواعد الإنهاء، فالمزارعة صورة من صور الإيجار تتميز بأن الأجرة فيها نسبة معينة من المحصول الناتج من الأرض، لذلك قرر المشرع بأن أحكام الإيجار تسرى على المزارعة.(١)

عدل المشرع، جديثاً، عن هذا التنظيم الآمر للإيجار الزراعى واخضعه لقواعد القانون المدنى، ومن ثم تسرى بشأنه الأحكام العامة للشرط الصريح الفاسخ التى تنطبق على سائر العقود الملزمة للجانبين، وقبل تناول ذلك التطور يتعين علينا التعرض للتنظيم الخاص الآمر الوارد فى قانون الإصلاح الزراعى لأن هذا التنظيم ظل معمولاً به خلال الفترة الإنتقالية التى حددها المشرع لسريان أحكام القانون المدنى على الإيجار الزراعى، أضف الى ذلك أهمية تلك الدراسة لإبداء المقارنة من جهة وللوقوف على أبعاد التطور التشريعى فى هذا المقام من جهة أخرى.

---

(١) مع مراعاة الأحكام الخاصة إذا لم يوجد إتفاق أو عرف يخالفها (م٠ ٦٢٠ مدنى) مؤلفنا فى القانون الزراعى ط١٩٨٤ ص٢٥٨ .

ونعرض لدراسة الشرط الصريح الفاسخ فى عقد الإيجار الزراعى، عبر أحكام قانون الاصلاح الزراعى، من خلال التعرض لنفس النقاط السابق عرضها بصدد قانون إيجار الأماكن، ألا وهى: مجال إعمال الشرط، ضوابط إعماله، توقى إعمال الأثر الفورى له وتفادى آثاره، إختصاص القضاء المستعجل بإعماله، ثم نعرض للتطور التشريعى الحديث بصدد إخضاع ذلك العقد لأحكام القانون المدنى، وقبل التعرض لتلك النقاط نرى من المناسب ذكر نص المادة ٣٥ من قانون الإصلاح الزراعى(١) التى تدور حولها دراستنا، وتقضى المادة المذكورة بأنه «لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء الأطيان المؤجرة ولو عند إنتهاء المدة المتفق عليها فى العقد، إلا إذا أخل المستأجر بإلتزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد، وفى هذه الحالة يجوز للمؤجر أن يطلب من المحكمة الجزئية المختصة بعد إنذار المستأجر فسخ عقد الإيجار وإخلاء المستأجر من الأرض المؤجرة.

ولا يجوز طلب فسخ عقد الإيجار وإخلاء المستأجر من الأرض المؤجرة بسبب تأخره فى أداء قيمة الايجار المستحق الا بعد إنقضاء شهرين على إنتهاء السنة الزراعية وتخلفه عن الوفاء بأجرتها كلها أو بعضها.

ويجوز للمستأجر أن يوفى بالأجرة المتأخرة كلها أثناء نظر طلب المؤجر فسخ عقد الإيجار وإخلاء المستأجر من الأرض المؤجرة، أمام المحكمة الجزئية المختصة الى ما قبل إقبال باب المرافعة، وفى هذه الحالة لا يجوز

---

(١) المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ والمعدل بالقوانين ١٩٥٣/٤٠٥، ١٩٥٥/٥٥٤ ولعل أهم تعديل هو ذلك الوارد بكل من القانون ١٩٦٩/٥٢ والقانون ١٩٧٥/٦٧ .

حكم بفسخ عقد الإيجار، وإخلاء المستأجر من الأرض المؤجرة.

فإذا تكرر تأخر المستأجر بعد ذلك فى الوفاء بالأجرة المستحقة عليه بجزء منها فى المدة المبينة بالفقرة الثانية وجب الحكم بفسخ عقد الإيجار وإخلاء المستأجر من الأرض المؤجرة فضلاً عن إلزامه بالأجرة المتأخرة.

ومع ذلك تنتهى الإجارة بالنسبة للأراضى المرخص فى زراعتها ذرة أو رزاً لغذاء المرخص له أو برسيماً لمواشيه والأراضى المرخص فى زراعتها زرعة واحدة فى السنة عند إنتهاء المدة المتفق عليها.

ويقع باطلاً كل إتفاق يتضمنه العقد يخالف الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون.

المطلب الأول
مجال أعمال الشرط الصريح الفاسخ فى قانون الاصلاح الزراعى

يضيق مجال اعمال الشرط الصريح الفاسخ فى عقد الإيجار الزراعى، بسبب التنظيم الآمر الذى وضعه المشرع لأحكام ذلك العقد، فمن الممكن اعمال الشرط المذكور على إطلاقه فيما يتعلق بإلتزامات المؤجر، ولكن ذلك فرض نظرى حيث يصعب تخيل رغبة المستأجر فى إنهاء العقد نظراً لتمسكه الدائم بالأرض، والذى يثور عملاً هو رغبة المؤجر فى إنهاء العقد الذى يمتد بقوة القانون لصالح المستأجر وورثته.

ورغبة من المشرع فى توفير الإستقرار والطمأنينة لمستأجر الأرض الزراعية تدخل وحدد الأسباب التى يجوز للمؤجر الاستناد اليها لطلب فسخ الايجار واخلاء المستأجر من الأرض. وردت تلك الأسباب على سبيل الحصر ومن ثم فلا يمكن التوسع فيها أو القياس عليها، ويبطل كل اتفاق مخالف لها، ومن ثم لا يجوز إعمال الشرط الصريح الفاسخ الا فى نطاق هذه الأسباب.

وبإستعراض المواد ٣٥، ٣٥ مكرر، ٣٣ مكرر من قانون الاصلاح الزراعى نجد أنه يجوز للمؤجر إنهاء العقد وإخلاء المستأجر فى الحالات الآتية:

١- اخلال المستأجر بإلتزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد.

٢- حاجة المؤجر لزراعة الأرض المؤجرة بنفسه.

٣- وفاة المستأجر دون أن يكون من بين ورثته من يحترف الزراعة.

٤- صدور قرار بتقسيم الأرض المؤجرة أو صدور ترخيص بإقامة بناء أو مصنع عليها.

٥- إلغاء العقد بواسطة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى.

ويهمنا بطبيعة الحال السبب الأول من أسباب الاخلاء لأنه هو المتصور اعمال الشرط الصريح الفاسخ بمناسبته، حيث يمكن النص فى العقد على الشرط المذكور كجزاء لإخلال المستأجر بإلتزاماته أو بإلتزام بعينه، فما هو حكم ذلك الإتفاق؟

لا يعمل بالإتفاق المذكور اذا انطوى على مخالفة للنص الآمر المحدد لأسباب الاخلاء، ولا يلتزم القاضى بالحكم بالفسخ ولو تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً، الا اذا أخل المستأجر بالتزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد، فلا ينفسخ الإيجار الزراعى اعمالا للشرط المذكور فى حالات اخلال المستأجر بإلتزام ثانونى، لأن هذا الشرط يكون باطلاً فى هذه الحالة، لأنه يخفى تحايلاً على الإمتداد القانوني للعقد لمصلحة المستأجر.

لم يتضمن النص معياراً للتعرف على الإلتزام الجوهرى، ومن ثم فإن قاضى الموضوع هو الذى يقدر طبيعة الإلتزام المبرر للفسخ وما اذا كان جوهرياً أو غير جوهرى. والإلتزام قد يكون مصدره القانون أو العقد، ولا شك أن الإلتزام القانونى يكون جوهرياً اذاورد فى نص آمر لا يجوز الإتفاق على ما يخالفه لتعلقه بالنظام العام، مثال ذلك[1]: تجريف

---

(١) ولعل أبرز مثال لذلك هو الإلتزام بدفع الأجرة الذى سنعرض له بالتفصيل بمناسبة ضوابط اعمال الشرط وتفادى اعماله، والإلتزام بزراعة الأرض بنفسه أى عدم التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن، وإن كان المشرع قد نص على البطلان كجزاء لمخالفته وليس الفسخ، أى بطلان العقد المبرم بين المستأجر الأصلى والغير وكذلك العقد الأصلى الذى يربطه بالمالك المؤجر (م٣٢) ونضيف كذلك الإلتزام بعدم تجاوز الحد الأقصى للحيازة أى ألا يؤدى الإيجار الى زيادة ما يحوزه المستأجر من أرض زراعية عن الحد المسموح به قانوناً هو وأفراد أسرته (٥٠ فدان) وقد نص المشرع على بطلان العقد فى هذه الحالة أيضا (م٣٧)، وأنظر فى الخلاف الفقهى حول صحة القول بالفسخ وليس البطلان محمد عزمى البكرى، أحكام الإيجار فى قانون الإصلاح الزراعى ط١٩٨٣ ص١٩ حسام الأهوانى، أصول القانون الزراعى ١٩٦٨ ص ٢٧٧ ومن أمثلة ذلك أيضاً حظر تبوير الأرض (١٥١ من قانون الزراعة ١٩٦٦/٥٢ المعدل بالقانون ١٩٨٣/١١٦، ١٩٨٥/٢).

الأرض (م١٠١ مكرر)، إستغلال الارض على نحو غير مألوف (١/١٣ مدنى) إهمال العناية بالأرض أو زراعتها على نحو يؤدى الى نقص جسيم فى معدنها أو غلتها (م٣٤)، الإخلال بنظام الدورة الزراعية الإجبارية[١]، أما اذا كان النص الذى يقرر الإلتزام مكملاً أى يجوز الإتفاق على ما يخالفه، فإن هذا يدل على أن ذلك الإلتزام لا يعتبر جوهرياً، مثال ذلك إتباع نظام الدورة الزراعية الاختيارية.

والإلتزام القانونى هو ما يكون مفروضاً بنص فى القانون، أى ما يرد به نص فى القانون بالمعنى الواسع أياً كان موضعه: القانون المدنى أو القانون الزراعى، وأيا كان نوعه: تشريع أو لائحة أو قرار عام.

أما بالنسبة للإلتزام التعاقدى، أى المتفق عليه فى عقد الإيجار، فإنه يكون جوهرياً متى كان من شأن الإخلال به إلحاق الضرر الجسيم بالمؤجر، إلا أنه لا يجوز القضاء بالفسخ كجزاء للإخلال به الا إذا كان هذا الإلتزام مشروعاً وغير مخالف للنظام العام[٢]. ويستقل قاضى الموضوع بتقدير الصفة الجوهرية للإلتزام على ضوء جسامة الضرر ونية المتعاقدين وما إستقر عليه العرف الزراعى، مثال ذلك إتفاق المؤجر مع المستأجر على زراعة الأرض بمحصولات معينة تتفق مع طبيعة التربة ولا تؤدى

---

(١) يتم تحديد الدورة بقرار من وزير الزراعة عملاً بالمادة الأولى من القانون ١٩٦٦/٥٣ .

(٢) فلا يجوز مثلاً الإتفاق على أن يدفع المستأجر أجرة تزيد على الحد الأقصى المقرر قانوناً، ولا يجوز الإتفاق على حصول المؤجر على كمية محددة وثابتة من المحصول بمقتضى عقد المزارعة بغض النظر عن الناتج عن الأرض.

الى إجهادها.

وكقاعدة عامة يتمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة فى الحكم بالفسخ من عدمه، حيث يقدر طبيعة الإلتزام ومدى مخالفته وما إذا كان من المناسب القضاء بالفسخ أم منح المدين أجلاً لتنفيذ إلتزامه أم الإكتفاء بالتعويض فى حالة ما إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الإلتزام فى جملته (م١٥٧ مدنى)، ولا يمكن سلب تلك السلطة من القاضى الا بنص القانون أو الإتفاق، مثال ذلك نص المشرع الزراعى صراحة على التزام القاضى اجابة طلب الفسخ فى حالة تكرار تأخر المستأجر عن الوفاء بالأجرة (م٣٥) وقيامه بتجريف الأرض المؤجرة (م٧١ مكرر)، ويجوز للأطراف الإتفاق علي الشرط الصريح الفاسخ كجزاء لإخلال المستأجر بالإلتزام الجوهرى، هنا يلتزم القاضى بإعمال الشرط ولكن طبقاً للضوابط القانونية التى سنراها حالاً. وتقتصر سلطته على التحقق من طبيعة الإلتزام وحدوث المخالفة، ويكون الحكم الصادر بالفسخ كاشفاً وليس منشئاً.

المطلب الثانى
ضوابط أعمال الشرط الصريح الفاسخ
فى قانون الاصلاح الزراعى

اذا كانت القواعد العامة تجيز الإتفاق على إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد حدوث الإخلال الموجب له دون حاجة الى إنذار أو حكم قضائى، فإن الأمر يختلف بالنسبة لقانون الاصلاح الزراعى حيث يتضمن بعض الضوابط التى تقف عقبة أمام اعمال الشرط الصريح الفاسخ على إطلاقه، وتتمثل تلك الضوابط فى ضمانتين لصالح المستأجر وهما: وجوب الإعذار من جهة ووجوب صدور حكم قضائى بالفسخ من جهة أخرى.

(أ) وجوب الإعذار :

يشترط المشرع لفسخ عقد الإيجار الزراعى وإخلاء المستأجر اذا ما أخل بإلتزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد، ان يقوم المؤجر بإنذاره قبل رفع الدعوى (م٣٥). وإشتراط الإنذار أمر لازم فى جميع الحالات[١] قبل طلب إخلاء المستأجر من الأرض المؤجرة، وهو أمر متعلق

(١) ولا يلزم الإعذار بالنسبة لدعاوى البطلان التى ترفع إستناداً الى نص المادة ٣٢ التى تقرر بطلان التأجير من الباطن والتنازل عن الإيجار. وتقرر محكمة النقض ذلك بقولها: أن إشتراط توجيه الإنذار المنصوص عليه فى المادة ٣٥ الذى يقتصر حكمها على دعاوى فسخ عقود الإيجار وإخلاء المستأجرين من الأرض المؤجرة متى أخلوا بالتزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد ولا يسرى على دعاوى البطلان المترتبة على مخالفة ما تقضى به المادة ٣٢ من ذات القانون والتى لم تشترط لترتيب البطلان على مخالفة حكمها توجيه مثل هذا الإنذار (نقض ١٩٧٧/١١/١٦ طعن ٥ س٤١ق- محمد عزمى البكرى، احكام الإيجار.. ص٢٥).

بالنظام العام، ومن ثم لا يمكن الإتفاق الصريح مقدماً على الإعفاء منه كما هو الحال فى القواعد العامة[١].

ونظراً لأن القانون لم يشترط شكلاً معيناً للإنذار فإنه يمكن أن يتم بأى صورة تحقق الغرض منه، أى تثبت تنبيه المستأجر الى الإخلال الذى حصل منه، فيمكن أن يتم الإنذار بورقة رسمية على يد محضر أو بخطاب موصى عليه.

ولم يشترط المشرع مرور مدة معينة بين الإنذار ورفع دعوى الفسخ، لذا يمكن للمؤجر أن يرفع دعوى الفسخ فى اليوم التالى لحصول الإنذار[٢] ويعتبر الإنذار شرطاً مستقلاً لقبول دعوى الفسخ ومن ثم لا يغنى عنه أى إجراء آخر كصحيفة الدعوى مثلاً.[٣]

---

(١) ولكن يتعين على المستأجر التمسك به، فلا تتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها (نقض ١٤/٥/١٩٦٤ طعن ٢٧٠ س٢٩ق)، وذلك هو أحد الأوجه الحديثة للنظام العام وهو ما يطلق عليه النظام العام الإجتماعى المقرر لحماية الطبقات الضعيفة كالمستأجر والعامل والمؤمن عليه إنظر فى ذلك:

Farjat, L'arder public social, thèse, L.G.D.J. 1963. Carbonnier, T.4.n33.

(٢) وذلك بخلاف الحال فى قانون إيجار الإماكن حيث يجب مرور خمسة عشر يوماً فى حالة تخلف المستأجر عن الوفاء بالأجرة. إنظر ما سبق ص ١٦٣ .

(٣) أحمد سلامة، القانون الزراعى، ط ١٩٧٧ ٣٦٨، جمال ذكى، القانون الزراعى، ط١٩٧٧ ص١٨٣، لبيب شنب، الوجيز فى شرح احكام الإيجار ط١٩٦٧ ص١٧٦، عكس ذلك محمد عزمى البكرى، أحكام الإيجار ص ١٤٥ .

(ب) وجوب صدور حكم قضائي بالفسخ :

طبقاً لنص المادة ٣٥ «يجوز للمؤجر أن يطلب من المحكمة الجزئية المختصة- بعد إنذار المستأجر- فسخ عقد الإيجار وإخلاء المستأجر من الأرض المؤجرة»، ومؤدى ذلك أن المشرع جعل فسخ الإيجار الزراعى أمر منوط بحكم القاضى، ونحن بصدد حكم آمر لا يجوز الإتفاق على ما يخالفه، ومن ثم لا يمكن أن يقع الفسخ تلقائياً بمجرد حدوث الإخلال بالتزام، ولو تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً يقضى بذلك، فلابد من صدور حكم قضائى بالفسخ[١]. وهذا أمر منطقى يتفق مع حصر المشرع للفسخ فى حالة إخلال المستأجر بالتزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد، ومن ثم فإن الإلتجاء الى المحكمة أمر ضرورى لتقدير ما إذا كان الإلتزام جوهرياً أم غير جوهرى.

ونرى أن النص فى العقد على الشرط الصريح الفاسخ لا يخلو، مع ذلك، من أهمية، حيث يترتب على وجوده حصر سلطة القاضى فى تقدير طبيعة الإلتزام والتحقق من وقوع الإخلال به، فمتى ثبت له أن المستأجر قد أخل بإلتزام جوهرى، تعين عليه الحكم بالفسخ، ويكون حكمه فى هذه الحالة، كاشفاً وليس منشئاً، ومن ثم ليس للمحكمة سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ من عدمه، وليس لها منح المدين مهلة لتنفيذ إلتزامه.

---

(١) وجدير بالذكر فى هذا الصدد أن المشرع فى قانون ايجار الأماكن كان أكثر تشدداً حيث لا يستطيع القاضى الحكم بالفسخ إلا بعد صدور حكم قضائى نهائى بثبوت المخالفة إنظر ما سبق ص ١٦٦ .

المطلب الثالث

توقى إعمال الشرط الصريح الفاسخ في قانون الإصلاح الزراعى

رأينا أن القواعد العامة تقضى بوقوع الفسخ بمجرد حدوث المخالفة متى تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً بهذا المعنى، ولا يستطيع المدين توقى الفسخ بعرض تنفيذ الإلتزام، فالوفاء اللاحق يكون عديم الأثر، بل أن محكمة النقض ذهبت الى إعمال تلك القواعد على عقد إيجار المكان ولو لم يتضمن العقد مثل هذا الشرط، ذلك أن حق المؤجر فى الإخلاء ينشأ بمجرد وقوع المخالفة، فالحكم بالإخلاء هنا مطلق تقع نتيجته بمجرد قيام سببه.(١)

فهل ينطبق نفس الحكم على الإيجار الزراعى؟

إختلف الفقه فى حالة خلو العقد من الشرط الصريح الفاسخ فذهب البعض الى أن سلطة القاضى تنحصر فى تقدير مدى وقوع الإخلال بالتزام جوهرى، فمتى تبين له ذلك تعين عليه الحكم بالفسخ وإخلاء المستأجر من الأرض المؤجرة(٢). ويذهب الرأى الغالب إلى أنه يجب إعمال القواعد العامة الواردة بالمادة ١٥٧ حيث لا يمكن سلب السلطة التقديرية للقاضى المقررة فى النص المذكور الا بنص خاص، ولم يرد فى

---

(١) إنظر ما سبق ص ١٧٢ .

(٢) حسام الدين الأهوانى، أصول القانون الزراعى ١٩٧٥ ص٣٠٥ .

نص المادة ٣٥ ما يفيد ذلك، وعندما أراد المشرع حرمان القاضى من تلك السلطة نجده قد نص على ذلك صراحة، كما هو الحال فى حالة تكرار تأخر المستأجر عن الوفاء بالأجرة، وقيامه بتجريف الأرض.(١)

ونرى أن هذا الخلاف لا محل له إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً، حيث يتعين إعمال حكم الشرط المذكور طالما لا ينطوى ذلك على مخالفة للتنظيم الآمر الوارد بالتشريع، وعلى ذلك يجب على القاضى الحكم بالمفسخ متى تبين له وقوع الإخلال بالتزام جوهرى، وينحصر دوره فى التحقق من طبيعة الإلتزام ومخالفته، ولا يجدى المستأجر نفعاً أن يبدى إستعداده لتنفيذ إلتزامه أو قيامه بإصلاح آثار المخالفة.(٢)

ومع ذلك خرج المشرع على هذه القواعد بصدد الإلتزام بدفع الأجرة فقد نص على حكمين آمرين يقرر كل منهما ضمانة خاصة بالمستأجر يتعين إحترامها، ومن ثم لا يمكن إعمال الشرط الصريح الفاسخ الا بعد مراعاة هاتين الضمانتين وهما:

الأولى: لا يجوز طلب فسخ الإيجار وإخلاء المستأجر بسبب تأخره فى أداء الأجرة الا بعد إنقضاء شهرين على إنتهاء السنة الزراعية وتخلفه عن الوفاء بأجرتها كلها أو بعضها، فلا تقبل دعوى الفسخ والإخلاء قبل

---

(١) لبيب شنب، ص٢١٧؛ أحمد سلامة ص ٣٧٠، محمد عزمى البكرى، أحكام الإيجار ص ١٤٩.

(٢) إنظر مؤلفنا فى القانون الزراعى الإسكندرية ١٩٩٩ .

مرور شهرين من تاريخ إنقضاء السنة الزراعية التى تخلف المستأجر عن الوفاء بأجرتها، فإذا قام المستأجر بالوفاء بكل الأجرة خلال هذه المدة، لم يكن للمؤجر أن يطلب فسخ العقد، وإذا رفع المؤجر دعواه قبل مضى الشهرين، كانت غير مقبولة لرفعها قبل الأوان(١)، ولا يجوز طلب الفسخ بسبب التخلف عن وفاء أى قسط من أجرة السنة الزراعية ولو كان هو القسط الأول المتفق على أن يدفع فى الجزء الأول من السنة إلا بعد أن تنقضى تلك السنة كلها وينقضى أيضاً شهران على إنتهائها.(٢)

مؤدى ذلك أن تخلف المستأجر عن الوفاء بأى جزء من الأجرة المستحقة عن السنة الزراعية يخول المؤجر حق طلب الفسخ والإخلاء بعد إنذار المستأجر، إلا أنه لا يجوز إستعمال هذا الحق الا بعد مرور شهرين على إنتهاء السنة الزراعية، بصرف النظر عن تاريخ إستحقاق الأجرة أو تاريخ الإنذار.(٣)

الثانية: يستطيع المستأجر أن يتفادى الحكم بالفسخ إذا قام بالوفاء بالأجرة المتأخرة قبل قفل باب المرافعة أمام المحكمة الجزئية المختصة، ولا يشفع له السداد بعد ذلك ولو أثناء نظر الإستئناف(٤).ولا يقبل القول

---

(١) أحمد سلامة ص ٣٦٩ .

(٢) سليمان مرقص، عقد الإيجار، ١٩٨٥، ص ٨٣٠ .

(٣) توفيق فرج، دروس فى القانون الزراعى ص ٢٦٦، قارن حكم قانون إيجار الأماكن حيث يلزم مرور ١٥ يوم من تاريخ الإنذار، إنظر ما سبق ص١٥٩ .

(٤) وذلك بخلاف الحكم فى قانون إيجار الأماكن، ما سبق ص ١٧٤ .

بأن الإستئناف ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الإستئناف وفقاً لنص المادة ٢٣٢ مرافعات ذلك أنه لا إجتهاد مع صراحة النص، وقد جاء نص المادة ٣٥ صريحاً فى أن السداد الذى يحول دون القضاء بالفسخ هو الذى يتم قبل إقفال باب المرافعة أمام المحكمة الجزئية المختصة ولو أراد المشرع غير ذلك لما أورد ذلك التحديد ونحن بصدد تشريع إستثنائى.(١)

ومتى ثبت تأخر المستأجر عن الوفاء بالأجرة على هذا النحو كان للقاضى أن يقضى بالفسخ، فالحكم بالفسخ لا يكون وجوبياً فى حالة خلو العقد من شرط صريح فاسخ، بل جوازى للقاضى الذى قد يقدر أن ظروف المدين تبرر إمهاله الى ميسرة أو أن المستأجر قد وفى بالقدر الأكبر من الأجرة وان الجزء المتبقى قليل الأهمية بحيث لا يبرر الحكم

(١) قضاء محكمة طنطا الكلية مدنى مستأنف مشار إليه فى محمد عزمى البكرى، أحكام الإيجار ص ١٥٢ ومستأنف المنصورة مشار إليه فى مصطفى مجدى هرجه ص٧٢ .

ويرى البعض أن شرط الوفاء بالأجرة أمام المحكمة الجزئية الى ما قبل إقفال باب المرافعة قاصر على الدعوى الموضوعية، أما بالنسبة للدعوى المستعجلة بالطرد تحقيقاً للشرط الصريح الفاسخ، فإن القاضى يصدر حكماً وقتياً دون أن يتعرض لأصل الحق، لذا يجوز للمستأجر الوفاء بالأجرة أمام المحكمة الإستئنافية المستعجلة، وكذلك أثناء نظر الأشكال أمام قاضى المحكمة الجزئية باعتباره قاضياً للتنفيذ وله أيضاً إذاعرض الأجرة أن يعود للقاضى الجزئى الذى أصدر الحكم طالباً الحكم بصفة مستعجلة بتمكينه من العين (الديناصورى وعكاز ص٢٨٦ ، مصطفى مجدى هرجه ص٦٨).

ويعيب هذا الرأى فضلاً عن مخالفته لصريح النص وما إستقر عليه القضاء أنه يتوسع فى تطبيق مكنة إستثنائية منحها المشرع للمستأجر فى قانون إيجار الأماكن ولا يجوز القياس عليها.

بالفسخ، اما إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً فاسخاً تعين على القاضى الحكم بالفسخ.

وعلى أى الاحوال يكون الحكم بالفسخ وجوبياً اذا تكرر تأخر المستأجر فى الوفاء بالأجرة(١)، فإذا تأخر المستأجر مدة شهرين بعد إنتهاء السنة الزراعية عن دفع الاجرة، وقام بدفعها امام المحكمة ليتفادى الحكم بالفسخ فلا يقبل منه ذلك مرة ثانية، اذ يجب على القاضى أن يحكم بالفسخ حتى ولو عرض المستأجر دفع الاجرة المتأخرة للمرة الثانية أمام المحكمة، خيث لم يعد للقاضى فى هذه الحالة سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ وتقدير أسبابه.

وجدير بالذكر فى هذا الصدد أن المشرع لم يمنح المستأجر الزراعى المكنة التى نص عليها قانون الإيجار والتى بمقتضاها يستطيع المستأجر توقى تنفيذ حكم الاخلاء الصادر من القضاء المستعجل إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ، اذا ماسدد الاجرة وملحقاتها عند التنفيذ.(٢)

(١) نفس الحكم فى قانون إيجار الاماكن ما سبق ص ١٤٠، ١٧٧ .

(٢) إنظر ما سبق ص ١٧١، قارن عكس ذلك الفقه المشار إليه سابقاً ص١٩٩ هامش ٢ .

المطلب الرابع

اختصاص القضاء المستعجل بإعمال الشرط الصريح الفاسخ[1] فى قانون الاصلاح الزراعى

تنص المادة ٣٩ مكرر من القانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المضافة بالقانون ٦٧ لسنة ١٩٧٥ على أنه: «تختص المحكمة الجزئية- أيا كانت قيمة الدعوى- بنظر المنازعات المتعلقة بالأراضى الزراعية وما فى حكمها من الاراضى البور والصحراوية والقابلة للزراعة الواقعة فى دائرة إختصاصها والمبينة فيما يلى:

١- المنازعات الناشئة عن العلاقة الإيجارية بين مستأجر الاراضى الزراعية ومالكها.

٢- المنازعات المتعلقة بالسلف الزراعية أو العينية.. وترفع المنازعات المذكورة أمام المحكمة الجزئية بغير رسوم ويفصل فيها على وجه السرعة، وتكون لها ولاية القضاء المستعجل وقاضى التنفيذ فى المسائل التى تدخل فى اختصاصها».

---

(١) نحيل فى هذا لصدد الى المبادئ السابق عرضها بمناسبة قانون ايجار الاماكن (ما سبق ص ١٨٢) ونكتفى هنا بعرض الجزئيات الخاصة بالإيجار الزراعى.

وجدير بالذكر أن الحكم الوقتى بالطرد لا يحوز الحجية أمام محكمة الموضوع، لذا يجوز للمستأجر رفع دعوى موضوعية أمام القاضى الجزئى بوصفه قاضياً للموضوع للفصل فى أصل النزاع، وللقاضى أن يعيده الى العين المؤجرة إذا ما وفى الاجرة وملحقاتها قبل إقفال باب المرافعة أمامه (أول درجة)، وذلك بشرط ألا يتعارض ذلك مع حق الغير حسن النية، كمن يستأجر الأرض بعقد مستوف للشروط القانونية بعد صدور حكم الطرد وتنفيذه قارن الحكم بالنسبة لإيجار المكان ما سبق ص ١٧٦ .

يتضح من النص أن المشرع قرر إختصاص المحكمة الجزئية نوعياً بنظر المنازعات الزراعية أياً كانت قيمتها، سواء كانت متعلقة بالسلف الزراعية أو العينية أو كانت ناشئة عن العلاقة الإيجارية بين مالك الارض الزراعية ومستأجرها، ويختص القاضى الجزئى، بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، بنظر الشق المستعجل فى تلك المنازعات[١] وتكون له أيضاً ولاية قاضى التنفيذ فيها[٢]، وينعقد الإختصاص للمحكمة الجزئية الواقع فى دائرة إختصاصها الأرض المؤجرة.

وعلى ذلك يختص القاضى الجزئى بصفته قاضياً للأمور المستعجلة بنظر دعاوى الطرد المبنية على إخلال المستأجر بإلتزاماته إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ المنصوص عليه فى العقد، وذلك متى توافر شرطا

---

(١) وينتفى بذلك إختصاص قاضى الأمور المستعجلة فى دائرة المدينة التى بها المحكمة الإبتدائية بنظر تلك الدعاوى، الديناصورى وعكاز ص ٢٨٤ .

(٢) وبذلك يجمع القاضى الجزئى، بصدد المنازعات المذكور. بين صفات ثلاث: صفته كقاضى موضوع وصفته كقاضى أمور مستعجلة، وصفته كقاضى تنفيذ، راتب وآخرون ص٥٩٠ .

وقد تقرر هذا الإختصاص بموجب القانون ١٩٧٥/٦٧ الذى ألغى لجان الفصل فى المنازعات الزراعية التى كانت تختص وظيفياً بنظر تلك المنازعات.

وينبغى الإشارة الى أن هذا الإختصاص النوعى للقاضى الجزئى هو إختصاص إستثنائى مقرر بمقتضى قانون الإصلاح الزراعى الذى يرتبط سريانه بنطاق معين هو إيجار الأراضى الزراعية التى تزرع بالمحاصيل الحقلية العادية (وهو الذى يخضع للتحديد القانونى للإجرة والإمتداد القانونى للإيجار) دون إيجار الحدائق والمشاتل التى يعتبر إستئجارها أقرب الى الاستغلال التجارى منه الى الأستغلال الزراعى، فهذا النوع من الإيجارات يتحدد الإختصاص بنظر منازعاته طبقاً للقواعد العامة (محمد عزمى البكرى ص ٢٥١ وهو يستند فى ذلك الى قضاء النقض الذى كان يخرج تلك المنازعات من إختصاص لجان الفصل فى المنازعات الزراعية التى ألغيت وتم نقل إختصاصها للقاضى العادى.

اختصاص القضاء المستعجل وهما الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق[١]، فإذا تبين له أخذاً من ظاهر الأوراق والمستندات وقوع مخالفة لإلتزام جوهرى ينص عليه القانون والعقد قضى بطرد المستأجر من الارض الزراعية، وحكمه في ذلك يكون وقتياً لا يحوز حجية أمام قاضى الموضوع الذى يستطيع بناء على طلب الخصوم، نظر اصل الحق.[٢]

لا شك أن المبدأ السابق يسرى على اطلاقه بالنسبة للإيجار الخاضع لأحكام القانون المدنى، مثل ايجار الحدائق والمشاتل، فهل يتم إعمال نفس المبدأ بشأن الإيجار الخاضع لقانون الاصلاح الزراعى.[٣]

ذهب البعض الى أنه لا يجوز الإتفاق بين المؤجر والمستأجر على إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند التأخر فى دفع الاجرة، ويقع هذا الإتفاق باطلاً بقوة القانون طبقاً للفقرة الاخيرة من المادة ٣٥، ومن

---

(١) ويختص كذلك بطرد المستأجر عند إنتهاء عقد إيجاره، كما لو تنازل عن الإمتداد القانونى للإيجار أو إتفق مع المؤجر علي إنهائه، وذلك الحال بالنسبة للمستأجر المرخص له فى زراعة الأرض ذرة أو أرزاً لغذائه أو برسيماً لمواشيه أو زراعتها زراعة واحدة فى السنة عند إنتهاء المدة المتفق عليها، حيث تكون يد المستأجر على الأرض بلا سند قانونى وتعتبر لذلك يد غاصب يتعين القضاء بطرده (إنظر ما سبق ص١٨٢).

(٢) مصطفى مجدى هرجه ص٦٩، وهو بذلك يكون قد عدل عن راية السابق حيث لا يجوز للقاضى الجزئى الإخلاء وإنما يكون له القضاء بفسخ عقد الإيجاروإخلاء المستأجر عند توافر شروط المادة ٣٥ وذلك بوصفه قاضياً للموضوع، إنظر مؤلفه: الجديد فى القضاء المستعجل، ط٢ ١٩٨٢ ص١٤٦ .

(٣) إنظر الإشارة الى الفارق بين نوعى الإيجار ما سبق ص ٢٠٤ هامش ٢ .

ثم فإن القاضى الجزئى لا يختص بنظر دعوى الطرد المستعجلة التى يقيمها المؤجر إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه فى هذا الصدد. [١]

الا أن هذا الرأى لا يتفق وصحيح القانون لأن نص المادة ٣٥ لا يقضى ببطلان الشرط الصريح الفاسخ فى عقد الإيجار الزراعى، وإنما أورد قيوداً آمرة يتعين مراعاتها، ويبطل الإتفاق على ما يخالفها، أى أن الشرط المذكور يسرى فيما لا يتعارض مع تلك الاحكام الامرة[٢]، وعلى ذلك يختص القاضى الجزئى بصفته قاضياً للأمور المستعجلة، بطرد المستأجر المتخلف عن الوفاء بالإجرة إستناداً الى إنفساخ العقد من تلقاء نفسه، ولكن ذلك مشروط بما يلى[٣]:

١- توافر شرطا الإختصاص وهما الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

٢- وجود عقد إيجار مكتوب ومودع صورته بالجمعية التعاونية الكائن بدائرتها الأرض المؤجرة.

---

(١) ولكنه يستطيع نظر الدعوى بصفته قاضياً للموضوع فيقضى بفسخ عقد الإيجار بسبب التأخر فى دفع الأجرة إذا توافرت الأسباب الموجبة للفسخ، محمد عبد اللطيل، القضاء المستعجل ط٤ ص٢١٨، مصطفى مجدى هرجه (الرأى القديم) فى الطبعة الأولى ص ١٤٢٥، الطبعة الثانية ص١٤٦ .

(٢) محمد عزمى البكرى ص ١٨٥، رابت وآخرون ص٦٩٥ .

(٣) الديناصورى وعكاز ص٢٨٦، مصطفى هرجه (العدول عن الرأى السابق) فى ط١٩٩٢ ص٦٨

٣- النص فى العقد على الشرط الصريح الفاسخ.

٤- تخلف المستأجر عن الوفاء بالأجرة حتى قفل باب المرافعة فى الدعوى.(١)

٥- قيام المؤجر بإنذار المستأجر، ومرور مدة شهرين بين إستحقاق الاجرة ورفع الدعوى.

ولكن ما هو الحكم اذا تخلف أحد شرطى اختصاص القاضى الجزئى كقاضى مستعجل، كما لو تبين له تخلف ركن الإستعجال أو أن الفصل فى النزاع يمس أصل الحق؟

ذهب البعض الى أنه ينبغى عليه القضاء بعدم إختصاصه ويقف عند هذا الحد ما لم تكن المنازعة موضوعية بحتة وكانت تدخل فى إختصاصه الموضوعى، فهنا ينبغى عليه التصدى لها والفصل فى موضوعها، كذلك يجوز للمدعى تعديل طلباته فى دعواه بصفة موضوعية بعد التنازل عن صفة الإستعجال.(٢)

ويذهب الرأى الراجح الى أنه لا يقضى بعدم الإختصاص بل ينظر المنازعة بصفته قاضيا للموضوع لأنه يجمع بين الصفتين، فالمنازعة وإن خرجت من إختصاصه كقاضى مستعجل، فهو يختص بها كقاضى

(١) أمام القاضى الجزئى، قارن عكس ذلك الفقه المشار إليه بالهامش السابق حيث يرى أن ذلك قاصر على الدعوى الموضوعية أما دعوى الطرد فيمكن عرض الأجرة أثناء نظر الإستئناف وكذلك أثناء نظر الأشكال أمام القاضى الجزئى بإعتبار قاضياً للتنفيذ.

(٢) الديناصورى وعكاز ص٢٨٤ .

موضوع.(١)

ولا شك أن هذا الرأى هو الأولى بالإتباع لإتفاقه مع المنطق ومقتضيات العمل، حيث يترتب على الحكم بعدم الإختصاص قيام المؤجر برفع دعوي جديدة أمام نفس القاضى طالباً الحكم بالفسخ والإخلاء، وفى ذلك مضيعة للوقت وإهدار لجهد المحكمة، بل أن صاحب هذا الرأى ينتهى عملاً الى نفس نتيجة الرأى الراجح حيث يرى أن على القاضى الجزئى «التصدى للمنازعة اذا كانت موضوعية بحتة وكانت تدخل فى إختصاصه الموضوعى»، ومما لا شك فيه أن المنازعة المتعلقة بإخلال المستأجر بإلتزام وجوهرى تعد كذلك.

المطلب الخامس

خضوع الإيجار الزراعى لأحكام القانون المدنى

أدت المتغيرات السياسة والإقتصادية العالمية والمحلية، فى الأونة الأخيرة الى تغير الفلسلة التشريعية والعدول عن التنظيم الخاص الآمر الوارد فى قانون الإصلاح الزراعى بصدد الإيجار الزراعى والعودة الى المبادئ العامة فى القانون المدنى.

صدر القانون ٩٦ لسنة ١٩٩٢(٢) ليقضى فى مادته الأولى بإستبدال المادة ٣٣ مكرراً (ز) بالنص الآتى «تنتهى عقود إيجار الأراضى

(١) راتب وآخرون ص ٥٩١، محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل ط٤ ص٢١٧ .

(١) الصادر بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى، الجريدة الرسمية العدد٢٦ مكرر فى ٢٨ يونية ١٩٩٢ .

الزراعية نقداً أو مزارعه السارية وقت العمل بأحكام هذا القانون بإنتهاء السنة الزراعية ٩٦/١٩٩٧، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك... وتسرى أحكام القانون المدنى... على عقود الإيجار المذكورة... عند إنقضاء مدة السنوات الخمس المشار إليها». وتضيف المادة الثالثة: «تسرى على عقود إيجار الاراضى الزراعية التى تبرم إعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون الأحكام الواردة فى الفصل الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من القانون المدنى.

مؤدى ذلك أن احكام قانون الاصلاح الزراعى السابقة، فيما يتعلق بالإمتداد القانونى وإنتهاء الإيجار، تظل سارية حتى نهاية السنة الزراعية ٩٦/١٩٩٧ ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وتخضع عقود الإيجار الزراعى، خلال تلك الفترة الإنتقالية أى قبل حلول ذلك الموعد، لأحكام القانون المدنى فى حالتين:

الأولى: بالنسبة للعقود التى تبرم إعتباراً من تاريخ العمل بالقانون الجديد.(١)

الثانية : بالنسبة للعقود القائمة وقت صدور القانون فى حالة إتفاق الأطراف على ذلك، ومن ثم فالإتفاق على مخالفة أحكام قانون الإصلاح الزراعى المتعلقة بالإيجار، أصبح جائزاً بعد أن كان يقع باطلاً طبقاً لصريح نص المادة ٣٥ من هذا القانون، وبناء عليه يكون إتفاق الأطراف

(١) يعمل به إبتداء من ٢٩ يونيو ١٩٩٢ أى اليوم التالى لتاريخ النشر (المادة السابعة).

على الشرط الصريح الفاسخ، بعد نفاذ القانون، صحيحاً ويتم إعماله طبقاً للقواعد العامة السابق دراستها دون التقيد بالتنظيم الآمر الذى أورده المشرع فى قانون الإصلاح الزراعى، ويأخذ الإيجار الزراعى، في هذه الحالة، حكم الإيجار العادى[١] والعقود الملزمة للجانبين بصفة عامة.

وبإنتهاء السنة الزراعية ١٩٩٧/٩٦ تخضع عقود الإيجار الزراعى[٢] لقواعد القانون المدنى بما فى ذلك تلك المتعلقة بالإنتهاء والفسخ وبصفة خاصة أحكام الشرط الصريح الفاسخ[٣]، ويتعين بالتالى الحكم بالفسخ إذا نص فى العقد على انه ينفسخ من تلقاء نفسه بمجرد إخلال أحد العاقدين بإلتزاماته[٤] . وينبغى على القاضى النطق بالفسخ بناء على

---

(١) إنظر ما سبق ص١٤٣ .

(٢) والمزارعة.

(٣) السابق دارستها طبقاً للمادة ١٥٨،١٥٧ مدنى، وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها أن قاعدة الفسخ الواردة فى المادة ١٥٧ مدنى غير آمرة تسرى على العقود الملزمة للجانبين ومنها عقود الإيجار التى تخضع لاحكامه وتخرج عن نطاق تطبيق قوانين الإيجارات الإستثنائية- ومقتضاها وجوب الإلتجاء للقضاء لإستصدار حكم بفسخ العقد جزاء إخلال الطرف الأول بإلتزاماته وقد منح القانون المدنى فى المادة ١٥٨ منه للمتعاقدين حرية الإتفاق على وقوع الفسخ بقوة القانون بمجرد تحقق الإخلال دون حاجة للجوء للقضاء لإستصدار حكم بالفسخ (نقض ١٩٨٥/١٠/٣٠ طعن ١٩٨٥/١٠/٣٠ طعن ١٩٥٢ س٥٤ ق-١٩٨٩/٣/٢ طعن ٢٤١٠ س٥٢ق).

(٤) وقضت محكمة النقض بأن شرط إعتبار الفسخ واقعاً بمجرد حصول المخالفة لأى شرط من شروط عقد الإيجار دون تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء هو شرط فاسخ صريح يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ولا يبقى له فى إعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً إلا التحقق من حصول المخالة التى يترتب عليها (نقض ١٩٤٥/١/١٨ مجموعة القواعد عدد ٢ ص٨٥٣ بند ١٣٠).

طلب المؤجر بمجرد تأخر المستأجر عن الوفاء بالاجرة ولو قام بعد ذلك بالسداد، إلا أنه يلزم إعذار المستأجر ورفع دعوى الفسخ ما لم يكن هناك إتفاق على أن يكون الإيجار مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو إنذار. ويجوز اللجوء، فى هذه الحالة، الى قاضى الأمور المستعجلة لإخراج المستأجر من الأرض الزراعية حيث يعتبرشاغلاً لها بلا سند.[١]

ويجوز للمستأجر، بطبيعة الحال، اللجوء الى محكمة الموضوع للفصل فى أصل النزاع، كما لو نازع فى قيام الشرط أو مناط أعماله (عدم تنفيذ الإلتزام) أو وجود ظروف تحول دون إعماله مثال ذلك سقوط خيار المؤجر فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ[٢]، أو كان هو الذى تسبب بخطئه فى عدم التنفيذ أو كان إمتناع المستأجر عن الوفاء مشروعاً بناء على دفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه.[٣]

---

(١) نقض ٢٧/١/١٩٨٣ س٣٤ ص٣٢٠ .

(٢) كما لو إعتاد على قبول الوفاء المتأخر بالأجرة بطريقة تكشف عن نزوله عن حقه فى إعمال الشرط السنهورى جـ٦ فقرة ٣٥٠، ولكن عدم تمسك المستأجر بالشرط الصريح الفاسخ عند تأخر المستأجر فى وفاء الأجرة مرة أو سنة معينة لا يمنعه من التمسك به فى المرة أو السنة التالية نقض ٣٠/٣/١٩٧٠ س٢١ ص٣٨٩ .

(٣) إنظر تفصيل ذلك ما سبق.

الخاتمــة

يلعب الشرط الصريح الفاسخ دوراً هاماً فى نطاق العقود الملزمة للجانبين فهو شرط دارج ومتعارف عليه فى هذا النوع من العقود بسبب المزايا التى يوفرها للمتعاقدين والفوائد التى يحققها على صعيد العلاقات القانونية والتبادل الإقتصادى.

إن وجود الشرط المذكور بالعقد من شأنه حث كل طرف على تنفيذ إلتزامه، حيث يؤدى عدم الوفاء الى زوال العلاقة التعاقدية بقوة القانون بمجرد إبداء الطرف الآخر رغبته فى ذلك، ولا شك أن الفسخ وما يترتب عليه من آثار يعد خسارة مادية وأدبية للمدين، فالدائن يصبح فى مركز قوى يؤهله للخيار بين طلب الفسخ والتخلص من العقد مع التعويض وبين طلب التنفيذ.(١)

فالشرط الصريح الفاسخ يقوى مركز المتعاقد حسن النية ويؤمن له تنفيذ العقد أو التخلص منه فى حالة تقاعس الطرف الآخر أو إضطراب أحواله، فالشرط يؤمن مركزه التعاقدى حيث يعطيه سلطة إتخاذ القرار، ويقيه مغبة الدخول فى إجراءات التقاضى والتعرض لمفاجئات سلطة إتخاذ القرار، ويقيه مغبة الدخول فى إجراءات التقاضى والتعرض لمفاجئات السلطة التقديرية للقاضى فى تقرير الفسخ، ومن ثم فالمدين المماطل يفقد كل أمل فى كسب الوقت أو الحصول على مهلة من القاضى

(1) J. Barricard, op.cit, n.8.

لتنفيذ التزامه أو الإكتفاء بمجرد التعويض خاصة إذا ما تعلق الأمر بالتأخير في التنفيذ أو التنفيذ الجزئي للإلتزام.

ولا شك أن الشرط المذكور بما يؤديه من دور تهديدي ضاغط على المدين لتنفيذ التزامه من شأنه أن يودي الى حسن تنفيذ العقد، ويساعد من جهة أخرى على سرعة التخلص من العلاقات التعاقدية الخاسرة[١] ويتفق ذلك مع سرعة التبادل الإقتصادي وما تقتضيه التجارة من ثقة وأمان، وتبرز تلك الميزة بوضوح في حالة الشرط الصريح الفاسخ القانوني بصدد بيع المنقولات والعروض، حيث يكون للبائع، عند عدم الوفاء بالثمن، أن يعتبر البيع مفسوخاً ويتصرف في المبيع مرة ثانية، مع حقه في الرجوع على المشترى بالتعويض، أضف إلى ذلك أن الفسخ التلقائي للعقد إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ يمكن الدائن من إسترداد المال موضوع العقد المفسوخ دون التعرض لمزاحمة باقي الدائنين، ومن ثم فالشرط المذكور يكون بمثابة تأمين عيني للدائن[٢]، فالدائن يكون بذلك في مركز متميز عن سائر الدائنين، هذا مع ملاحظة أن البائع لا يستطيع إسترداد المبيع في حالة إفلاس المشتري قبل الوفاء بالثمن، إلا إذا كان هذا المبيع لم يدخل بعد في حيازة المشترى(م ٦٢٩، ٦٣٠ من قانون التجارة رقم ١٧/١٩٩٩). [٣]

(1) Ph. Gerby, op.cit, P. 50.

(2) Carbonnier, op.cit, P.342.

(٣) والجدير بالذكر أنه يجوز الإتفاق على الفسخ التلقائي للعقد دون حاجة الى حكم قضائي في حالة إفلاس أحد المتعاقدين، وللمتعاقد مع المفلس المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى لحقه من الفسخ، ويتقدم بمبلغ التعويض في التفليسة بوصفه دائناً عادية فيخضع لقسمة الغرماء، مصطفى طه، القانون التجاري ١٩٨٢ ص٤٦١ .

ويتسم الشرط الصريح الفاسخ، فى ذات الوقت بالمرونة، حيث يشكله الأطراف وفقاً لإرادتهم ويعملونه بالطريقة التى يرتضونها فى علاقاتهم التعاقدية، فيمكن أن يتدرج الشرط من الضعف الى القوة طبقاً لنص المادة ١٥٨ حيث جاءت صياغتها موفقة لما تعطيه للمتعاقدين من حرية فى تحديد مضمون الإتفاق على الشرط المذكور.

الا أنه، من جهة أخرى، يؤخذ على الشرط السالف أنه يحرم المدين من ضمانة أساسية تتمثل فى تدخل القاضى لمراقبة الفسخ واعماله على ضوء تحقيق التوازن والعدالة التعاقدية بين الطرفين ومنع تعسف الدائن فى إستخدام حق الفسخ ضد المدين المتأخر عن تنفيذ إلتزامه دون أن يكون سئ النية، ومن شأن هذا الشرط أيضاً أن يؤدى الى سرعة زوال العقد مع ما يترتب على ذلك من خسائر إقتصادية وصعوبات قانونية بسبب ما قد يكون تم إنجازه أو بفضل ما كان سيحققه من فوائد.

حقاً إن الفسخ الإتفاقى يشكل إستثناءاً من القاعدة العامة القاضية بعدم وقوع الفسخ إلا بحكم القاضى وتحت رقابته، إلا أنه ينبغى ملاحظة أن الشرط الصريح الفاسخ هو عود الى الأصل العام الا وهو مبدأ سلطان الإرادة وما يقتضيه من حرية الأطراف فى تحديد مضمون العقد وتحديد اثاره ونهايته.

والشرط المذكور لا يستبعد دور القاضى كلية بصدد فسخ العقد بل يؤدى الى تغيير طبيعة هذا الدور وتوقيته، حيث يحتفظ بسلطة كبيرة فى التحقق من وجود الشرط وتحديد طبيعته وشروط إعماله وترتيب

آثاره، وهو بذلك يضمن مشروعية اتفاق الأطراف ويراقب تطبيقه.

أضف الى ذلك أنه نادراً ما يسلم المدين عملاً بوقوع الفسخ، مما يحتم تدخل القاضى لتقرير حدوثه، واعمال آثاره، خاصة فيما يتعلق باسترداد المال موضوع العقد المفسوخ وما قد يكون تعلق به من حقوق الغير. وكثيراً ما يلجأ الدائن للقضاء المستعجل، اذا توفرت شروط اختصاصه، للحكم باسترداد المال من المدين أو طرده منه، ويبدو ذلك واضحاً فى مجال عقود الإيجار وبصفة خاصة الايجار الخاضع لقانون الاصلاح الزراعى وقانون إيجار الأماكن، حيث نظم المشرع فسخ هذين النوعين من الايجار بقواعد آمرة لا يجوز اعمال الشرط الصريح الفاسخ الا وفقاً لها.

أما بالنسبة لحقوق الغير، فإن المساس بها أمر متعلق بكل أنواع الفسخ، سواء بحكم القاضى أو بحكم الإتفاق أو بحكم القانون، أضف الى ذلك أن القواعد العامة لا تؤدى الى إعمال آثار الفسخ على إطلاقها اذا تعارضت مع حقوق الغير حسن النية[١]، فإذا تعذر رد المبيع بحالته، إعمالاً للأثر الرجعى للفسخ، لتعلق حق الغير به، فإنه يحكم للبائع بالتعويض.

---

(١) فإذا تعلق الأمر بمنقول، فإن للغير حسن النية الإستناد الي قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية (م٩٧٦) وبالنسبة للعقار، فإن الفسخ لا يسرى فى حق الغير حسن النية الا إذا كانت دعوى الفسخ قد تم شهرها قبل أن يكسب الغير حقه، وإذا لم تشهر الدعوى فإن الفسخ لا يؤثر فى حقه (م١٥، ١٧ من قانون الشهر العقارى). وإذا وقع الفسخ تلقائياً إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ، فإن ذلك ينفذ فى حق الغير من وقت تسجيل العقد الوارد به الشرط كجزاء لاخلال المشترى بإلتزامه، لأن ذلك فى العقد المسجل يكفى لإحاطة الغير علماً بإحتمال عدم الوفاء بالإلتزام، وبالتالى فسخ العقد تبعاً لذلك.

وأخيراً فإن التنظيم الذى أورده مشرعنا للفسخ يتسم بالبساطة والمنطق ويوافق الإتجاهات الحديثة فى القانون المعاصر. ويشكل نص المادة ١٥٨ المتعلقة بالفسخ الإتفاقى مع المواد ١٥٧، ١٥٩، ١٦٠ نظرية متكاملة فى فسخ العقد، وكان للقضاء فضل كبير فى تدعيم وتطبيق قواعدها وإرساء مبادئها، وذلك بخلاف الحال فى القانون الفرنسى حيث يفتقر الى وجود مبدأ عام لتنظيم المسألة، بل توجد نصوص متفرقة حاول الفقه والقضاء توطيدها وإستخراج مبادئ عامة منها، وكان القضاء الفرنسى مضطراً، لإعتبارات خاصة، لتأسيس الفسخ على فكرة الشرط الفاسخ الضمنى وتبعته فى ذلك محكمتنا العليا وإستمرت فى ذلك مع إنها ليست فى حاجة الى ذلك حيث لدينا، نصوص تشريعية يمكن الإستناد اليها فى هذا الصدد.

ولا نرى ضرورة لوجوب التدخل التشريعى أو المساس بالنصوص القائمة فى القانون المدنى، فهى بذاتها تشكل أساساً صالحاً يمكن للقضاء الإستناد اليها وتطبيقها ومراقبة مشروعيتها، طبقاً للمبادئ العامة، على ضوء الظروف القائمة وما يستجد من عوامل، ولعل المجال الجدير بالتدخل والتبسيط هو ذلك الخاص بالتشريعات الإستثنائية المتعلقة بكل من الإيجار الزراعى وايجار الأماكن، وتلك سياسة عامة تثير مسألة التوازن بين المالك والمستأجر وما تنطوى عليه من إعتبارات سياسية وإجتماعية وإقتصادية.

ونظراً لتغير تلك الإعتبارات فى الأونة الأخيرة بدأ المشرع بالفعل فى العدول عن سياسة التشريعات الإستثنائية التي أثبتت فشلها فى مجال الإيجار، والعودة الى القواعد العامة فى القانون المدنى، وبدأت الخطوة الأولى بالفعل فى مجال الإيجار الزراعى ثم تبعتها الخطوة التالية فى مجال إيجار الأماكن.

(تم بحمد الله)

المراجـع

أولاً :باللغة العربية

(أ) المؤلفات العامة:

- أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، التعليق على النصوص الإجرائية فى قانون إيجار الأماكن، الإسكندرية ١٩٨٢ .
- السنهورى: الوسيط الجزء ٢، ٤، ٦ طبعة نادى القضاء ١٩٨٣، ١٩٨٦، ١٩٨٨ .
- الديناصورى وعكاز: القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ ١٩٨٦ .
- أحمد سلامة، القانون الزراعى ١٩٧٧ .
- توفيق فرج: عقد البيع والمقايضة ١٩٦٩، دراسة فى القانون الزراعى، ١٩٩٠ .
- جلال العدوى : أصول الإلتزامات، الجزء الأول ١٩٨٨ .
- جميل الشرقاوى: مصادر الإلتزام، القاهرة ١٩٧٦ .
- جمال زكى : القانون الزراعى ١٩٧٧ .
- حسام الأهونى : أصول القانون الزراعى ١٩٧٥ .
- سعيد شعلة : قضاء النقض المدنى فى عقد البيع، الإسكندرية.

- سليمان مرقص: عقد البيع ١٩٩٠ .

- عقد الإيجار ١٩٨٥ .

- شرح قانون ايجار الأماكن، ط٨، جـ١ ، ٢ .

- عبد الحميد عمران أسباب الإخلاء ١٩٨٣ .

- عبد المنعم البدراوى : مصادر الإلتزام، المنصورة ١٩٧٥ .

- عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية العقد، القاهرة ١٩٨٤ .

- التأمينات الشخصية والعينية ١٩٥٤ .

- محمد على راتب وآخرون: قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة السابعة.

- محمد خيرى أبو الليل، مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى تطبيق قوانين الإيجار، نادى القضاة١٩٩١ .

- محمود نبيل النباوى: مجموعة القواعد القانونية التى قررها محكمة النقض فى خمس سنوات، المجلد الثانى ١٩٨٩ ، نادى القضاة.

- محمد لبيب شنب: الوجيز فى شرح أحكام الإيجار١٩٦٧ .

- مصادر الإلتزام، القاهرة ١٩٧٧ .

- مصطفى الجمال، مصادر الإلتزام ١٩٨٥ .

- مصطفى مجدى هرجه: أحكام وآراء فى القضاء المستعجل ١٩٩٣.

- محمد عبد اللطيف: القضاء المستعجل، ط٤ .

- محمد عزمى البكرى: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية، ط٣ ١٩٨٧ .

- أحكام الإيجار فى قانون الإصلاح الزراعى ١٩٨٣ .

(ب) المؤلفات المتخصصة والبحوث :

- حسن عامر: الغاء العقد، القاهرة ١٩٥٣ .

- سينوت حليم دوس: الإخلاء لإساءة الإستعمال مصادرة على المطلوب، مجلة القضاة س٢٠، العدد الأول ١٩٨٧ ص١٥٠ .

- عبد الحى حجازى : مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، السنة الأولى ١٩٥٩، السنة الثانية ١٩٦٠ .

- عبد الحميد الشواربى: فسخ العقد فى ضوء الفقه والقضاء ١٩٩٠.

- محمد محمود المصرى، محمد أحمد عابدين: الفسخ والإنفساخ والتفاسخ ١٩٨٨ .

- مصطفى الجارحى: فسخ العقد، دراسة مقارنة فى القانونين المصرى والفرنسى ١٩٨٨ .

- محمد لبيب شنب: الجحود المبتسر للعقد، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية س٢، س٣ .

(حـ) كتب وأبحاث المؤلف :

النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول فى مصادر الإلتزام، الجزء الثانى فى أحكام الإلتزام- القانون الزراعى، أحكام الإيجار، أحكام البيع، أحكام التأمين، المسئولية الطبية، المسئولية المعمارية، المسئولية عن حوادث السيارات، نظرية القانون، نظرية الحق، النظام القانونى للأسرة فى الشرائع غير الإسلامية، قانون العمل، قانون التأمين الإجتماعى، الحقوق العينية الأصلية، النظرية العامة للأئتمان، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، مسكن الزوجية، بطلان البيع الثانى، شرط الإحتفاظ بالملكية، تدخل السيارة فى حادث المرور، المضرور المستفيد من التأمين الإجبارى على السيارة، النظام القانونى للعاملين فى المناطق الحرة.

ثانياً : باللغة الفرنسية

A) Ouvrages Spécialisés

- Alter l'obligation de delivrance dans la vente de meubles corporels, L.G.D.J., 1972.
- Boyer, Rècherches historiques sur la résolution des contrts, thèetoulouse 1924.
- Brunet, le pouvoir modéateur du juge, thèse, Paris 1973.
- Capitnt, De l cause des obligtions, 1923.
- Carbonnier Fléxible doit, 3 eme éd.
- Cassin, De l' exception tireeé de l' inèxecution dans les contrats synallagmatiques, thèse, Paris 1914.
- Constantinesco, la resolution des contrats synallagmatiques en droit Allemand, thèse Paris 1940.
- Cremieu, ljustice priveé, son évolution dans la procédure romaine, these Paris, 1908.
- Demidai, l reforme du règlement judiciaire et de la liquidations des biens, 1966.
- Dimitresco, De la condition résolutoire dans les contrats, thèse Paris 1906.
- Farjat, Droit économique, 1971.
- Genby, moyens de pression privés et exécttion du contrat, thèse Dijon, 1976.
- Houin, la ruptune unilatérles des contrats synall agmtiques, thèse 1973.
- Jestaz, l' ungence et les principes classiques du droit civil, thèse Paris 1968.
- Larribau-terneyre, le domaine de l' action résolutoire, récherches sur la contrat synallagmatique, thèse, Pu, 1988.
- Legal et Brethe de la gresseye. le pouvoir disciphlinaire dans les institutions privées. Paris 1938.

- Lepeltier, la résolution judiciaire des contrats pour inéxecution des obligations, thèse, Caen 1934.
- Martin de la moutte J., Les sanctions de l' obligation de délivrance in la vente commerciale de marchandises, 1951.
- Maury. Essai sur le régle de la notion d'équivalence, thèse, Toulouse, 1920.
- Néchitch. l'ction en résolution dans les contrats, thèse Paris 1909.
- Ripert, la régle morale dans les obligations civiles, 4e. éd.
- Sagues, la rupture unilatérale des contrats, thèse, Paris 1937.
- Scioldo-zurcher, la résolution des contrats u cas d'inéxcution partielle, thèse lyon 1934.
- Vallimaresco, la jurtice priveé en droit moderne, thèse Paris, 1926.
- Verdier, les droits éventuels, thèse Paris 1953.

(B) Articles, notes, observations

- Alter-note sour com. 23 Mars 1971. D.1974 . 40.
- Ancel, Repport général sur l' inéxecution des contrats et le droit pénal, travaux de l'Association H.capitant, 1964. T.x 711.
- Aubert-obs. sur civ, 16 Juil 1974, Req. Défrénois 1983, p. 786.
- Obs. sur civ. 1.3 nov. 1983, Rép. Défrénois 1984. 1.1014.
- Batrin, note sur civ. 24 mai 1966 J.C.P. 1966. 11. 14825.
- Behar Touchais, obs sur civ. 1,13 déc. 1988, J.C.P. 1989, 11,21349.
- Beguin Repport sur l'adage nul ne peut sa faire justice à

soi-môme en droit françis, Travaux de l'AssocitION H. Capitant, T.X. V.11, 1966.
- Boccara, note sur com. 26 Juin 1967, J.C.P. 1967. 11, 15302.
- Borricand, la clause résolutoire dans les contrats, R.T.D. Civ. 1957, 433.
- Carbonnier, obs, R.T.D. civ. 1954. 164.
- Cassin, Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inéxecution: R.T.D. civ 1945, 159.
- La résolution judiciaire pour inéxecution (Journées de droit civil de Mos de l' Association henri P.64 Capitant 1938 P. .64.
- Chabs, obs. sur com. 28 avr 1982. R.T.D. Civ. 1983. P. 340.
- Chevallier, obs. R.T.D. civ. 1967. 385.
- Cornn, Obs sur, civ, 3,25 oct. 1977. R.T.D. 1978 124-obs sur civ. 7 Juin 1974, R.T.D, D.civ 1975.328.
- Culioli. Résolution judiciaire selon l'art. 1184, Juris classeur civil.
- Delbecque, note sous com, 7, Mars, 1984, R.T.D. civ 1985. 164.
- Demogue obs. R.T.D. civ 1937, P. 620.
- Deprez, Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inéxécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial Francais, Travaux de l' assoc. H. Capitnt 1964. J. xv11.
- Desiry, note sous Civ. 3, 23 Oct. 1973, J.C.P. 1974.11.17622.
- Du garreu de la Méchenie, Req. civ. v. condition.
- Durand, la connaissance du phénomene juridique et les taches de la doctrine modérne du droit prive, D. 1956.73.
- Fau et Debeaurain, la clause résolutoire pour defaut de paiement des loyers, Ann. Loyers 1954.434.

- Ghestin, note sous com. 16 Juill. 1973, J.C.P. 1974, 11. 17864.
- l'effet retroactif de la résolution des contrats à exécution successive, Mélange Raynaud.
- Hebraud. note J.C.P. 1950.11. 5285.
- Larroumet, note sous com.3225 Mars 1975. J.C.P. 1976. 11.18463.
- Lebret, suspension et résolution des contrats, Rev. crit. legisl. et juris. 1924.624.
- Levasseur, Rapport sur les sanctions de l' inéxecution des contrats en droit pénal francais, travaux de l'association H. capitant 1964, T. xv11
- Loussauran, lbs. sur Com. 28 fév. 1972, R.T.D. Civ 1972,775.
- Lue Bihl, n'usez plus de clauses abusives, Gaz.Pal. 1981. 396.
- Malaurie, note sous com. 4 Juill. 1972, D. 1972. 732.
- Marty, le rôle du juge dans l'intérpétation des contrats, trav., de l' ssoc. H. Copitant, 1950.84.
- Mestre, lbs sur 10 fev. 1987, R.T.D. civ 1987, P. 542.
- Nanyral De puybusque, La rupture du contrat, D. 1980. 319.
- Nerson et Frossard J., le droit de réténtion, Jurisclasseur civil.
- Nerson, "nul ne peut se faire jurtice à soi-même" le principe et ses limites en droit prive, Travaux de l'Association H. Capitant, T. xv 111, 1966.
- Ortscheit, note sous colmar, 7 fév. 1975, D. 1978. 169.
- Pédamon, Des clauses resolutoires expresses pour cause de faillite ou de réglement judiciaire dans les ventes mobilieres, D. 1963. 145.
- Picard-prud' homme, de la r'solution Judiciire de L'obligotion pour inéexecution. R.T.D civ. 1912.

- Picod, la clause résolutoire et la régle morale, J.C.P. 1990. 1.3449.
- Plancqueel,note sous civ, 3eme,14 Mai 1974, Gaz, Pal, 1979.2.874.
- Posacioglu, les sanctions attachée à l'inéxcution des obligations contractuelles, T. de l' adssoc. capitant T. x111, 1964.
- Saint Alary, la vente des immeubles à construire, J.C.P. 1968.2146.
- Seignolle, de l'évolution de juridiction des référés, J.C.P. 1954.1.1200.
- Singore, note. J.C.P. 1984.11.20166.
- Simler, l' article 1134. du code civil et la rérsiliation unilatérale anticipée des contrats à durée indéteminée, J.C.P. 1971.1.12413.
- Teyssie, les clauses de résiliation et de résolution, cahiers du droit de l' entreprise, 1975.
- Trochu, note sur com. 3 Jan 1972, D. 1972, 649.
- Viatte, la clause de resiliation de plein droit dans les baux commerciax, Gaz. Pal. 1981.1.314.
- Van De Ruymbeke, Et si la résolution n'etatait plus judiciaire, Rev, gén. ass. et resp. (Belgle) 1978.

الفهرس